

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

**O INTERESSE DE AGIR E SUA (IN)ADEQUAÇÃO AO DIREITO
PROCESSUAL PENAL**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito,
Programa de Pós-graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de
Miranda Coutinho**

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

O INTERESSE DE AGIR E SUA (IN)ADEQUAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior
Faculdade de Direito, PUC/RS

Membro: Prof. Dr. Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Faculdade de Direito, UERJ

Membro suplente: Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 23 de maio de 2008

Para Marcos e Denize,
por tudo

AGRADECIMENTOS

Primeiro a Deus, pela vida, e à Curitiba, cidade-sorriso, do sorriso das polaquinhas, pelo berço. Em especial, a *Marilan*, minha polaquinha, e *Sara*, a melhor coisa que já fiz, pelos meses de convivência roubada; ao caríssimo *Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, por ser mais do que orientador; ao sócio e amigo *Anderson Daniel Moser*, por todo o trabalho; à acadêmica *Ilza Ludmila Tomio Lange*, pelo indispensável auxílio; e aos amigos, em ordem alfabética, *André Ribeiro Giamberardino*, *Carolina de Oliveira Lopes*, *Clara Maria Roman Borges*, *Érica de Oliveira Hartmann*, *Ledo Paulo Guimarães Santos*, *Renata Ceschin Melfi de Macedo* e *Sylvio Lourenço da Silveira Filho*, por serem partícipes, de formas diferentes, desta pesquisa.

A todos, minha gratidão.

“Eis aqui a meta divina e a força que impulsiona aos cultores das ciências para marchar. Também seu caminho tem suas leis, como o caminho das estrelas. Não importa que grande parte deles o ignore, ou creia andar por onde quer, ou não se lembre por onde sair. Não importa que se iludam, de tempos em tempos, em haver conquistado a meta. Nenhum deles importa, senão a interminável fila. Quem a contempla, quando põe a ciência como objeto de sua investigação, acaba por ver que marcha em direção ao céu. Cada lei descoberta é um passo para essa ascensão. Toda confirmação do criado, aproxima a criatura ao Criador. E o coro das vozes dos incansáveis peregrinos, ao longo da via sem fim, canta, em uma sinfonia prodigiosa, a glória de Deus.”
(Francesco Carnelutti, Metodologia del diritto).

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	1
1 BREVE DISCURSO SOBRE OS PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS AO DISCURSO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	7
1.1 Relendo o Direito como ciência a partir de abordagens epistemológicas contemporâneas	7
1.2 Reconhecendo a autonomia científica do direito processual penal	15
1.3 O direito processual penal entre a autonomia e a instrumentalidade: por que direito material e direito processual possuem objetos científicos diversos?	18
1.4 A autonomia científica do direito processual penal: é possível, hoje, uma teoria geral do processo?	21
1.4.1 <i>O direito processual autônomo e a elaboração de uma teoria geral do processo: a (in)adequação do conceito de lide ao processo penal</i>	21
1.4.2 <i>O direito processual autônomo e a elaboração de uma teoria geral do processo: os diferentes princípios unificadores dos sistemas processuais</i>	27
1.5 Conclusões parciais	40
2 A AÇÃO COMO ELEMENTO DA TRILOGIA FUNDAMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: A URGENTE NECESSIDADE DE NOVOS ENFOQUES TEÓRICOS	42
2.1 Revelando uma lacuna no campo do conhecimento jurídico: a insuficiência das atuais abordagens teóricas sobre a ação no direito processual penal	42
2.2 A justificação política da ação processual: a proibição da autotutela dos direitos é o fundamento da ação penal?	44
2.3 Sobre o desenvolvimento histórico contemporâneo do conhecimento sobre a ação: uma reconstituição a partir de sua origem no direito processual civil	46
2.3.1 <i>A teoria imanentista, ou civilista, da ação</i>	48
2.3.2 <i>A polêmica entre Windscheid e Muther</i>	51
2.3.3 <i>A teoria abstrata da ação</i>	56
2.3.4 <i>A teoria concreta da ação</i>	60
2.3.5 <i>A teoria eclética da ação</i>	65
2.4 Sobre a recepção dos conceitos processuais civis de ação no processo penal e a crítica a esta postura epistemológica	69
2.5 Alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: visão geral sobre o tratamento legal do instituto	71
2.5.1 <i>A ação penal pública e seus princípios fundamentais</i>	74
2.5.2 <i>A ação penal de iniciativa privada e seus princípios fundamentais</i>	78
2.6 Alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: o estabelecimento de pontos de partida provisórios	81
2.6.1 <i>Resgatando uma teoria ampliada da ação penal</i>	82
2.6.2 <i>Sobre a natureza jurídica da ação penal</i>	85
2.6.3 <i>Sobre a abstração da ação penal “condenatória” e sua conexão com o caso concreto</i>	89
2.6.4 <i>Alguns resultados parciais dirigidos ao estudo das condições da ação penal</i>	91
2.7 Conclusões parciais	92
3 AS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: UMA NOVA SISTEMÁTICA	95
3.1 As condições da ação em espécie, segundo o pensamento liebmaniano	99
3.1.1 <i>Possibilidade jurídica</i>	100
3.1.2 <i>Interesse de agir</i>	102

3.1.3	<i>Legitimação para agir</i>	104
3.2	Do direito processual civil ao direito processual penal: comentários sobre a (in)adequação da doutrina liebmaniana.....	105
3.2.1	<i>A admissibilidade do provimento jurisdicional pleiteado é condição da ação penal?</i>	108
3.2.2	<i>A titularidade ativa para a provocação da atuação jurisdicional em relação ao caso penal e a pertinência subjetiva da ação</i>	111
3.2.3	<i>O interesse de agir no processo penal</i>	112
3.3	Mais alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: as condições da ação penal previstas na legislação processual penal.....	113
3.3.1	<i>Tipicidade aparente ou injusto aparente</i>	115
3.3.2	<i>Punibilidade concreta</i>	125
3.3.3	<i>Legitimidade da parte</i>	126
3.3.4	<i>Justa causa</i>	129
3.3.5	<i>Condições específicas da ação penal</i>	132
3.4	Mais alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: alguns problemas teórico-práticos sobre o juízo de admissibilidade da acusação...135	
3.4.1	<i>O problema da (in)efetividade dos direitos do acusado no juízo de admissibilidade da acusação</i>	135
3.4.2	<i>Os efeitos do juízo negativo de admissibilidade da acusação</i>	141
3.5	Conclusões parciais	144
4	O INTERESSE DE AGIR E SUA (IN)ADEQUAÇÃO AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO	146
4.1	O interesse de agir no processo civil: a busca de seu conteúdo original e apontamentos sobre sua problematização na seara do direito privado.....	146
4.1.1	<i>Breves considerações sobre o uso da expressão “interesse” no direito processual civil</i>	146
4.1.2	<i>O interesse de agir vinculado ao direito subjetivo material</i>	148
4.1.3	<i>A extensão do conteúdo processual civil do interesse de agir: debates entre adequação, necessidade e utilidade</i>	153
4.1.4	<i>Tendências críticas em relação à adoção do interesse de agir como condição da ação no processo civil</i>	163
4.2	Em nome da teoria geral do processo: a transferência do interesse de agir ao direito processual penal e sua apreciação crítica	165
4.2.1	<i>O interesse de agir como justa causa, idoneidade do pedido ou “fumus boni juris”</i>	167
4.2.2	<i>O interesse de agir como punibilidade concreta</i>	170
4.2.3	<i>O interesse de agir como ausência de causas de justificação ou de atipicidade da conduta</i> .	173
4.2.4	<i>O interesse de agir como impossibilidade de solução do caso penal fora do processo</i>	174
4.2.5	<i>O interesse de agir como adequação procedimental</i>	177
4.2.6	<i>O interesse de agir como adequação do provimento jurisdicional pleiteado</i>	177
4.3	A inadequação do interesse de agir ao direito processual penal: a reafirmação da necessidade de uma sistemática autônoma.....	178
4.4	A propósito de conclusão: a atrofia teórica do direito processual penal	184
4.5	Conclusões parciais	187
	CONCLUSÕES	189
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	193

RESUMO

Com o objetivo de verificar o papel representado pelo *interesse de agir* – uma condição da ação no processo civil – no direito processual penal, a pesquisa, com uma abordagem constitucional, trata das condições da ação penal. A ação penal é descrita no contexto de uma Teoria do Direito Processual Penal absolutamente alheia às tentativas empreendidas pela majoritária doutrina brasileira de construção científica de uma Teoria Geral do Processo. Esta negação a qualquer posição generalista no processo penal sustenta-se sobre o argumento de que, segundo o critério da *gestão da prova*, o princípio reitor do processo penal, inquisitivo, é diferente do existente no direito processual civil, dispositivo; além disso, a construção teórica unitária do processo, atualmente proposta pela doutrina, baseia-se fundamentalmente sobre o conceito de *lide*, que é imprestável ao processo penal. Assim, no contexto da visão dualista do processo, debate-se a natureza jurídica da ação penal (com partida nas discussões empreendidas sobre o instituto na esfera civil – pois a negação à construção unitária não significa rejeitar todos os avanços científicos da teoria do processo civil, mas criticamente aproveitar o que for compatível com o seu equivalente penal), desde a polêmica entre Windscheid e Muther até o conceito de ação de Liebman, que introduz, em definitivo, a noção de *condições da ação*. Estas, segundo a mesma visão dualista do processo, não são coincidentes nos diferentes modelos processuais e, portanto, devem ser perquiridas, antes da *teoria geral do processo*, desde o próprio Código de Processo Penal. Esta postura teórica tem relevantes desdobramentos em relação à aplicação prática, no dia-a-dia dos tribunais, do juízo de admissibilidade da acusação. Uma compreensão correta do problema teórico é pressuposto fundamental para embasar a decisão que recebe, ou não, a denúncia ou queixa. Neste sentido, em face do princípio da indefectibilidade da jurisdição penal (*nulla poena sine iudicio*), eis que o processo é sempre necessário com vistas à aplicação de uma pena, o *interesse de agir* não pode ser considerado um requisito de admissibilidade da acusação.

ABSTRACT

Intending to ascertain the role represented by the *interest to act* – a condition of action in civil proceedings – in the criminal procedural law, the research, with a constitutional approach, deals with the conditions of the criminal action. The criminal action is described in the context of the Theory of the Criminal Process absolutely alienated to the attempts – undertaken by the majority of the Brazilian doctrine – of scientific construction of a General Theory of the Process. This negation to any generalist position in the criminal proceeding is supported by the argument, according to the criterion of the *management of the proof*, that the rector principle of the criminal process, inquisitive, is different from the existing one in the civil process, dispositive; moreover, the unitary theoretical construction of the process, currently proposed by the doctrine, is based basically on the concept of *litis*, which is worthless to the criminal procedure. Thus, in the context of the dualist vision of the process, the juridical nature of the criminal action has been discussed (with departure in the debates undertaken about the institute in the civil sphere, after all, the negation to the unitary construction does not mean to reject all the scientific advances of the theory of the civil process, but to critically use what is compatible with its criminal equivalent), since the controversy between Windscheid and Muther to the concept of action of Liebman, which introduces, definitively, the notion of conditions of the action. These, according to the same dualistic vision of the process, are not coincident in the different procedural types and therefore should be studied, not after the General Theory of the Process, but according the Code of Criminal Procedure itself. This theoretical posture has relevant developments regarding the practical application – in the day-to-day of the court – of the judgement of admissibility of the accusation. A correct understanding of the problem is demanded in order to take a correct decision on receiving the criminal action. Therefore, after the principle of indefectibility of criminal jurisdiction (*nulla poena sine iudicio*), and since the criminal process is always necessary in order to apply a penalty, the *interest to act* can not be considered a condition of criminal action.

INTRODUÇÃO

O objeto científico dos diversos ramos do conhecimento é contemporaneamente concebido através da noção de que jamais se alcançará a verdade última sobre o que é estudado. Todo trabalho científico deve estar imbuído desta noção para, então, procurar aprimorar os modelos teóricos e aproximar, cada vez mais, o objeto de conhecimento do objeto real, mesmo sabendo que suas conclusões estão fadadas à superação por abordagens teóricas posteriores.

Por conseqüência, é assim que deve o leitor apreciar esta pesquisa, isto é, como apenas *um* passo no sentido da consolidação de um discurso processual penal científico, que espera e deve ser sucedido por outros passos. Muito longe se está da pretensão de constituir verdades absolutas e acabadas.

Ressalta-se, ainda, que este discurso científico deve reconhecer a *n*-dimensionalidade de seu objeto de conhecimento, o que demanda abertura em relação a outras disciplinas. Isto não significa, todavia, partir de modelos teóricos importados de outros ramos do direito, mas considerar o próprio fenômeno processual penal e respeitar suas categorias dogmáticas. A tendência, nos trabalhos científicos, de adequação do direito processual penal à teoria do direito processual civil, em nome de uma teoria geral do processo, é postura epistemológica que deve cessar.

De fato, a matéria atinente ao *direito de ação* – ao contrário daquela acerca da *jurisdição* – é fruto do processo civil, e, como tal, posteriormente veio a ser discutida no campo processual penal. Naquela seara, sabe-se que o processo civil só tomou corpo e independência do direito privado a partir da segunda metade do século XIX, principalmente após a polêmica entre Bernhard WINDSCHEID e Theodor MUTHER sobre a *actio* romana (1856-1857), ao que se garantiu o desenvolvimento independente da disciplina. No Brasil, este desenvolvimento foi muito influenciado pela obra do italiano Francesco CARNELUTTI e seu conceito de *lide* – como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita –, que serviu à fundamentação de uma teoria geral do processo. Segundo o autor, a *lide* é o conteúdo do processo, civil e penal (enfim, todos os ramos do direito processual estão aqui englobados), e sua

composição é o escopo da *jurisdição*.

Com a evolução de seus institutos, acabou-se por entender que o *direito de ação* era abstrato, ou seja, desvinculado de qualquer “razão” por parte daquele que fosse invocar a tutela jurisdicional – com efeito, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XXXV, veio a garantir o “direito de petição”. Esta conclusão, no entanto, poderia levar a inesgotáveis abusos, com perda de tempo e acúmulo inútil de serviços aos órgãos incumbidos da administração da justiça. Para evitar tais excessos, o legislador procurou limitar a obtenção da tutela jurisdicional pelo exercício do direito de ação a quem lograsse preencher determinados requisitos: as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam* – incorporadas ao CPC/73, no artigo 267, VI). Esta matéria tomou a conotação que tem hoje, principalmente no Brasil, a partir dos estudos de outro jurista italiano, que aqui viveu e lecionou temporariamente, Enrico Tullio LIEBMAN.

Já, agora, no campo processual penal, aproximadamente até a metade do séc. XX, os autores desconheciam estas noções, de modo que se não discutia o tema. De fato, os primeiros a tratar dele já aparecem influenciados por LIEBMAN, porém, com uma peculiaridade: transplantam-no quase que diretamente do processo civil para o processo penal, enfocando-o sob um prisma civilista fundamentado na base conceitual da lide.

Com embargo, porém, como assevera Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, e também se buscará demonstrar no desenvolvimento do texto, o conceito de lide é imprestável a referir o conteúdo do processo penal,¹ fato que, desde logo, coloca em cheque a chamada teoria geral do processo.

A despeito disto, é fato sabido que o processo penal brasileiro encontra-se, ainda hoje, maculado por muitos ranços desta teoria unitária do processo, que lhe impõe uma dogmática fundada em matrizes processuais civis. Por tal razão, aquilatar quanto isso contribui para o desenvolvimento científico do direito processual penal é tarefa que não pode ser deixada de lado.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 152.

A verdade é que, em termos de sistematização científica, há ainda muito para ser feito no direito processual penal. A tradição processual penal brasileira saltou do “*praxismo*” dos antigos para a transferência dos institutos do processo civil, quase como tal, ao processo penal. Aqui, quando se dá conta das incoerências provocadas, percebe-se que à dogmática processual penal restou um baixo nível de “cientificidade”.

Sobre o tema, já disse COUTINHO que a adoção de uma nova postura em relação ao estudo do processo penal determinará, de maneira geral, que seus institutos sejam repensados, mas que isso não implica abandonar tudo o que foi produzido até o momento. Antes, há que se despir de preconceitos, utilizar o que for útil e lançar fora o que for incompatível com o processo penal: “Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível”.²

Assim, imbuída desta orientação epistemológica, a pesquisa tem por objeto de investigação o *interesse de agir*, que se apresenta, no direito processual civil, como uma das *condições da ação*, isto é, um dos requisitos de índole eminentemente processual que devem ser supridos para que, no dizer de LIEBMAN, seja apreciada e julgada a demanda.³ Ainda que a maioria dos processualistas penais brasileiros a insiram entre os requisitos à admissibilidade da acusação, não se ignora, como mencionado acima, que a raiz desta *condição da ação* está no direito processual civil. Faz-se mister, portanto, aprofundar o estudo do tema em nível de processo penal, discutindo-o em todos os seus aspectos possíveis, em especial aquele que diz respeito à adaptação.

No que diz com o processo penal, as condições da ação são o objeto do juízo de admissibilidade da acusação, no qual o juiz declara se elas foram preenchidas. Em caso positivo, instaura-se, de regra, a fase judicial da persecução penal. Daqui, já se pode perceber a importância de tal decisão, que pode submeter um cidadão ao desditoso *status* de réu em processo penal, com toda a implicação de sua vida pessoal e social.

² *Id. Ibid.*, p. 145.

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 203.

É precisamente aqui que reside o risco de, em nome de uma teoria geral do processo, conferir-se às condições da ação penal um conteúdo que vem, não do processo penal, mas da teoria processual civil. Como hipótese de investigação, considera-se que este fato promove um “esvaziamento”, por inadequação, do âmbito da decisão sobre a admissibilidade da acusação, isto ao elevado custo da movimentação desnecessária da jurisdição penal e do sofrimento do cidadão. A insistência da maior parte da doutrina quanto à leitura “privatística” de alguns institutos de processo penal tem acarretado dificuldades quanto à compreensão e explicação do fenômeno processual penal.

Com vistas a superar este problema de foco, Fernando Newton Bittencourt FOWLER⁴ e Antonio Acir BREDÁ⁵ estão entre os primeiros a tratar do tema desde um ângulo eminentemente processual penal. BREDÁ, prescindindo daquelas propostas por LIEBMAN para o processo civil, verificou as condições da ação penal no Código de Processo Penal em seus artigos 43, e incisos, e 18, em interpretação sistemática. COUTINHO aperfeiçoou o modelo, sugerindo como condições da ação penal: *tipicidade aparente, justa causa, punibilidade concreta e legitimidade da parte*.⁶

Não se ignora que as discussões sobre o *interesse de agir*, no processo penal, não são novas. Porém, aqui, buscar-se-á discuti-lo frente a esta nova sistemática que deram os autores supracitados às condições da ação penal. Ademais, o simples fato de, até hoje, a doutrina majoritária seguir com a importação acrítica de conceitos do direito processual privado já é suficiente para justificar a relevância do tema.

Assim, nos três primeiros capítulos, far-se-á análise crítica do tratamento do atual desenvolvimento da disciplina processual penal, buscando-se demonstrar a necessidade de uma abordagem dualista na teoria do processo (oposta à teoria geral do processo), a insuficiência do atual conceito de ação penal e a inidoneidade das condições da ação tradicionais à fundamentação do juízo de recebimento da acusação. Ao final, perquirir-se-á acerca do *interesse* no campo processual, sua relação com a

⁴ FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977. p. 85 e ss.

⁵ BREDÁ, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, 1980, p. 178 e ss.

⁶ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 148-149.

noção de lide e o papel que a doutrina tradicional incumbe ao *interesse de agir* no processo civil, além dos termos e conseqüências da transferência pura e simples ao processo penal e as críticas que se levantam a esta posição (BREDA, FOWLER, COUTINHO, entre outros), inclusive no próprio seio da doutrina generalista, como Ada Pellegrini GRINOVER⁷, que já negou o *interesse de agir* como condição da ação penal.

Assim, determinar se o *interesse de agir*, com pelo menos um dos conteúdos que lhe confere a doutrina processual penal brasileira, pode ser considerado um requisito à admissibilidade da acusação é um pequeno objetivo ancorado numa visão muito mais ampla de repensamento da disciplina a partir de uma episteme própria, alicerçada em fundamentos autônomos e voltada ao desenvolvimento científico do direito processual penal.

Afinal, sempre que se não tem tal desenvolvimento, tem-se instabilidade; e ela se apresenta como indício de que o direito, ao invés de ser *garantista* (como se pretendeu na modernidade), passa a ser *decisionista*⁸ e, portanto, arbitrário, ou seja, tudo o que se não desejou. Eis, então, um dos sintomas mais evidentes da fragilidade que se vive, hoje, no processo penal brasileiro, justo em razão de estar dominado pelo “decisionismo” e, por outro lado, ser ele fruto de uma dogmática que ignora sua basilar função de uniformizar os conceitos e permitir uma linguagem mais consentânea com a realidade.⁹

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 132.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 504-505.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei**. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225 e ss.

PARTE I**DO CONHECIMENTO SOBRE A AÇÃO NO PROCESSO PENAL E SEUS
PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS FUNDAMENTAIS**

1 BREVE DISCURSO SOBRE OS PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS AO DISCURSO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O presente texto adota orientação epistemológica diversa da tradicionalmente empregada no estudo científico do direito processual penal. De fato, imbuído de uma visão essencialmente crítica em relação às escolas de processo que seguem ou derivam do conceito carneluttiano de lide e sua respectiva teoria geral do processo, há, aqui, na esteira de diversos outros pesquisadores comprometidos com a mesma visão, uma vontade de renovação do discurso científico processual penal, a partir de aproximações que levam em conta, primariamente, seus próprios fenômenos.

Por esta razão é que se faz indispensável enfrentar o problema dos pressupostos epistemológicos da teoria do direito processual penal antes de apreciar os institutos da ação penal e seus requisitos de admissibilidade. Em verdade, este capítulo deve orientar a leitura dos demais.

1.1 Relendo o Direito como ciência a partir de abordagens epistemológicas contemporâneas

Pelo menos em “um” certo sentido, o Direito deve ser lido como ciência. Com efeito, atualmente, não deveriam restar dúvidas de que a Ciência Jurídica tem um estatuto científico próprio. Por evidente, não se está aqui a falar da Teoria Pura do Direito (Hans KELSEN), que bem exprime, segundo a compreensão epistemológica moderna newtoniana-cartesiana, a tentativa de travestir o conhecimento jurídico como uma “ciência” que ele não é. A “nova” compreensão acerca do que é “ciência” é determinante, porém, para a conclusão de que o conhecimento jurídico é uma forma de conhecimento científico.

Neste sentido, a propósito da ciência jurídica, Francesco CARNELUTTI afirma que “qualquer intento de descobrir as regras da vida, por grosseiro que seja o

método e por incerto que seja o resultado, é obra de ciência”.¹⁰

Em verdade, tais palavras estão inteiramente de acordo com a visão que a ciência tem de si mesma após a ruptura do paradigma filosófico da consciência,¹¹ ainda que se não compreenda integralmente o paradigma filosófico emergente.¹²

Neste sentido, como primeiro pressuposto teórico fundamental, a pesquisa assumirá a superação da epistemologia moderna fundada no paradigma científico mecanicista newtoniano-cartesiano – que influenciou e ainda influencia a própria idéia que se faz do que é ciência – e enxerga o científico pelos postulados do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica*. Aqui, contudo, sem perder de vista os objetivos principais da pesquisa, faz-se imprescindível realizar breve digressão sobre o tema.

Assim, como ensina Agostinho Ramalho MARQUES NETO, as principais correntes epistemológicas modernas (*empirismo* e *racionalismo*), a despeito de suas particularidades quanto à direção do vetor epistemológico (*objeto-sujeito*, no primeiro caso, e *sujeito-objeto*, no segundo), elevam-se sobre os mesmos dogmas científicos (concebidos por COMTE, na seara do empirismo) do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica* do cientista. *Cientificismo*, à luz da física newtoniana, significa que “o conhecimento científico expressa verdades absolutas e inabaláveis e, por isso, constitui

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Metodología del derecho**. Buenos Aires: Valletta, 2003, p. 12. [Tradução livre de: “*cualquier intento de descubrir las reglas de la vida, por grosero que sea el método y por incierto que sea el resultado, es obra de ciencia.*”]

¹¹ Jürgen HABERMAS denuncia o costume de se “aplicar à história da filosofia o conceito de *paradigma*, oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de *ser, consciência e linguagem*” (**Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, pp. 21-22). O paradigma do *ser*, segundo Celso Luiz LUDWIG (**Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito, 2006, pp. 19-29) e Lênio Luiz STRECK (**Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 61-62), guarda relação com o pensamento filosófico grego antigo e medieval — perspectivas, de compreensão da realidade, *cosmológica* e *teocêntrica*, respectivamente —, superado pelo racionalismo, a partir da filosofia moderna, na medida em que a Razão passou a ser o fundamento de compreensão do real (perspectiva *antropocêntrica* — paradigma da *consciência* ou do *sujeito*).

¹² À crise do paradigma da ciência moderna (fundado no paradigma filosófico da consciência), segue-se a emergência de um novo paradigma científico. Segundo Boaventura de Souza SANTOS, a configuração do paradigma emergente “só pode obter-se por via especulativa. Uma especulação fundada nos sinais que a crise do paradigma actual emite mas nunca por eles determinada. Aliás, como diz René Poirier e antes dele disseram Hegel e Heidegger, ‘a coerência global das nossas verdades físicas e metafísicas só se conhece retrospectivamente’” (**A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 74).

a forma válida por excelência de conhecer” e, pela *neutralidade científica absoluta*, diz-se que o cientista é completamente neutro, do ponto de vista ideológico, na apreensão do objeto.¹³ É possível, aqui, observar as razões que levaram Hans KELSEN à sua elaboração teórica: o Direito só mereceria ser chamado de “ciência”, sob o paradigma epistemológico vigente, se estivesse adequado a ele.¹⁴

A despeito disto, hodiernamente, mesmo nas chamadas ciências naturais, os dogmas do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica* já restaram refutados e, quando não, desdizem-se dia após dia. Aqui, um dos primeiros passos foi dado por Albert EINSTEIN que, ao tratar da relatividade do espaço-tempo, demonstrou não existirem o tempo e o espaço absolutos de NEWTON, base última da afirmação da possibilidade de existirem verdades absolutas, como prega o dogma do *cientificismo*.¹⁵

Já, agora, em relação à *neutralidade axiológica absoluta*, é de se perceber que o sujeito jamais é neutro em sua investigação sobre o objeto. É imprescindível ao pesquisador deter conhecimentos prévios sobre sua área de pesquisa. Assim, quando observa, o sujeito carrega consigo este arcabouço de conhecimentos anteriormente acumulados, que orientam sua “visão” do objeto, de modo que o próprio objeto é construído, nessa medida, pelo sujeito. Em verdade, o mito positivista da pureza e objetividade do conhecimento científico, que eleva este último a graus de verdade absoluta, contém, por esta mesma razão, inegável carga ideológica.¹⁶ Desde a lição de Max WEBER, o conhecimento “encontra-se ligado a premissas ‘subjectivas’ pelo facto de apenas se ocupar daqueles elementos da realidade que apresentem alguma relação, por muito indirecta que seja, com os acontecimentos a que conferimos uma

¹³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

¹⁴ Nas palavras de KELSEN: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão” (**Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 7).

¹⁵ SANTOS, B. S. **A crítica...** *Op. cit.*, p. 68. MARQUES NETO, A. R. **Ciência...** *Op. cit.*, p. 48.

¹⁶ MARQUES NETO, A. R. **Ciência...** *Op. cit.*, pp. 14-15 e 57.

significação cultural”.¹⁷

Sendo assim, a partir da superação do paradigma científico newtoniano-cartesiano, segundo as abordagens epistemológicas contemporâneas, é possível sustentar que o conhecimento científico é permanentemente provisório.

Aqui, fundamental é a obra de Gaston BACHELARD, ao conceber o conhecimento científico a partir da cisão entre o objeto real (que engloba a coisa em si mesma, existente a despeito de nosso conhecimento, o *númeno* kantiano, bem como suas manifestações perceptíveis, o *fenômeno*) e o objeto de conhecimento, que é “construído” e freqüentemente “reconstruído” por processos cognitivos. O conhecimento, assim, seria um processo de *retificação de verdades estabelecidas*, no sentido da permanente aproximação, operada a cada nova abordagem teórica, do objeto de conhecimento em relação ao objeto real.¹⁸

Utilizando argumentos diferentes, com resultados semelhantes, Karl Raimund POPPER, imediatamente preocupado com as ciências naturais, nega o dogma do *cientificismo* ao afirmar que, por mais completas e exaustivas que sejam as observações sobre determinado objeto, jamais se poderá afirmar que a totalidade das situações observáveis foi considerada. Assim, o critério de cientificidade é dado não pela natureza inquestionável do conhecimento, mas por sua *falseabilidade*. Basicamente, uma teoria que ainda não foi refutada pode ser considerada confirmada,

¹⁷ WEBER, Max. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Carlos Grifo Babo. 2ª ed. Lisboa: Presença, 1977, pp. 63-64. Em relação à ciência jurídica, a despeito de sua auto-proclamada isenção ideológica, percebe-se que há uma ideologia implícita no kelsenianismo. Ao desligar as normas jurídicas de sua matriz “extrajurídica”, o dogmatismo normativista de KELSEN afirma serem válidas todas as regras jurídicas tenham sido regularmente criadas e estejam vigentes, desconectando o problema da validade das normas de qualquer possível juízo valorativo social. Neste sentido, não há que se fazer qualquer indagação acerca da validade social das normas jurídicas. Ideologicamente, ao contrário do que afirmaria KELSEN, tal doutrina serviria de base para a fundamentação de qualquer forma de Estado autoritário que se revestisse de uma legalidade formal (MARQUES NETO, A. R. **A ciência... Op. Cit.**, pp. 168-169). Sobre a questão, nas lapidares palavras de Roberto LYRA FILHO “a pseudoneutralidade da *ciência* quer esconder o gato, mas ele logo põe o rabo de fora. E de forma bastante confusa, pois, segundo KELSEN, até o direito nazista é um direito possível” (**Porque estudar direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984, p. 32).

¹⁸ BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996, pp. 16 e 120: “O espírito científico é essencialmente uma rectificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga o seu passado histórico condenando-o. A sua estrutura é a consciência dos seus erros históricos. Cientificamente, pensa-se o verdadeiro como rectificação histórica de um longo erro, pensa-se a experiência como rectificação da ilusão comum e primeira” (p. 120).

porém, deve sempre deixar margem à crítica, que pode infirmá-la ou afirmá-la. As teorias que não deixam margem à *falseabilidade* não podem ser consideradas científicas, mas metacientíficas.¹⁹ A abertura metodológica, neste sentido, é indispensável, constituindo o pensamento de POPPER um dos marcos fundadores da hodierna epistemologia crítica.²⁰

Portanto, ainda que se não possa afirmar exatamente o que foi colocado no lugar do paradigma newtoniano-cartesiano, a epistemologia contemporânea vai marcada pela noção, aparentemente paradoxal, de permanente provisoriade do conhecimento científico. Esta noção é compatível tanto com as epistemologias ditas dialéticas,²¹ como com as fundadas no paradigma filosófico da linguagem.²² As primeiras pretendem ver superada a cisão metafísica operada pela ciência moderna entre sujeito e objeto de conhecimento, afirmando que a concreta relação entre eles é que se deve levar, historicamente, em consideração no ato cognitivo. Já, agora, as últimas, partem da idéia de que a linguagem é o móvel operacional do conhecimento, que “cria” o objeto e, inclusive, o sujeito. Neste caso, o objeto seria resultado do que convencionam, lingüisticamente, os sujeitos, ou seja, é fruto de um consenso intersubjetivo através da linguagem. Aqui, por evidente, não se pode falar em vetores

¹⁹ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004, pp.41-43; 89-92. Ainda, em passagem lapidar, ensina o autor que não é adequado elevar uma discussão acerca do método científico ao nível de uma discussão puramente lógica: “o Jogo da Ciência é, em princípio, interminável. Quem decida, um dia, que os enunciados científicos não mais exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo” (p. 56).

²⁰ MARQUES NETO, A. R. **Ciência... Op. cit.**, p. 85.

²¹ Segundo MARQUES NETO, defensor de uma epistemologia dialética, Karl MARX (Materialismo Histórico), Jean PIAGET (Epistemologia Genética) e Gaston BACHELARD (Epistemologia Histórica) sustentam modelos de pensamento científico fundados na dialética (**Ciência... Op. cit.**, pp. 22-28).

²² Segundo Lenio Luiz STRECK, é a partir da “*viragem (ou reviravolta) lingüística*”, isto é, desde que se reconhece que a relação de conhecimento se dá, segundo a lição de HABERMAS, entre sujeitos, “que fica excluída (aque)la evidência primeira, seja racional (como em Descartes) ou empírica (como em Locke) (...), passando o homem a orientar-se no mundo e nele agir mediante a e pela linguagem, como, no dizer de Quine, ‘o que há no mundo não depende em geral do nosso uso da linguagem, mas já depende deste uso o que podemos dizer que há’; Heidegger, para quem a ‘*linguagem é a casa do ser*’; Gadamer, para quem ‘*ser que pode ser compreendido é a linguagem*’, e Seiffert, que diz não ser exagero ‘*se designarmos a época da linguagem como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até a análise da linguagem)*’. Passa-se, enfim, da essência para a significação, onde o importante e decisivo não está em se saber o que são as coisas em si, mas *saber o que dizemos quando falamos delas*” (**Hermenêutica... Op. cit.**, pp. 61-62).

epistemológicos entre sujeito e objeto, mas, antes, de relação entre sujeitos, pela linguagem, que é onde realmente se encontra a racionalidade.

Nas palavras de MARQUES NETO, afastados os postulados modernos, há que se concluir que “ciência é discurso, teoria, que resulta de um processo de construção e retificação de conceitos”.²³

Ainda, é neste momento que se percebe a importância, para o desenvolvimento do conhecimento científico, das noções de *teoria* e, mais especificamente, de *enfoque – ou abordagem – teórico*. A teoria, segundo a lição de MARQUES NETO, “constitui o objeto de conhecimento; é através dela que se elaboram os métodos condizentes com a natureza de cada pesquisa; é ela que se aplica nas realizações práticas, técnicas, das ciências; é, finalmente, em função dela que a realidade pode apresentar algum *sentido*”.²⁴ Assim, por sua função constitutiva, o *enfoque teórico* exerce papel central na “construção” do conhecimento científico.

A ciência jurídica encontra seu verdadeiro lugar no conjunto do conhecimento humano quando se lhe apreende pela negação à idéia de uma teoria “pura” do direito – que pretende adequá-la aos postulados epistemológicos modernos –, assumindo-a, porém, no sentido dado pela epistemologia contemporânea, livre daqueles dogmas.

Por tudo, como todas as demais, a ciência jurídica “decorre de um trabalho de construção da teoria, do método, do objeto, etc. Por isso, suas proposições nunca são absolutas, mas aproximadas e retificáveis”.²⁵ E, é neste ponto que surgem conclusões importantes para a pesquisa, assentadas sobre o problema do objeto científico do Direito.

Se, atualmente, o termo “ciência” designa a construção de conhecimentos retificáveis sobre um objeto de conhecimento – que se não confunde com o objeto real, embora busque sempre uma aproximação cada vez maior com ele – e, por isso, a teoria tem um papel constitutivo do discurso científico, é fácil concluir que o objeto de conhecimento é “construído” pelo enfoque teórico que orienta a pesquisa científica.

Neste sentido, sabe-se que certos fenômenos do mundo natural e social podem

²³ MARQUES NETO, A. R. *Ciência... Op. cit.*, p. 238.

²⁴ *Id. Ibid.*, pp. 51-52.

²⁵ *Id. Ibid.*, p. 239.

compor o objeto de diversas ciências: “o funcionamento do coração, por exemplo, pode constituir objeto de diversas disciplinas, quais a Biologia, a Anatomia, a Fisiologia, etc., *consoante sejam abordados dentro dos enfoques conceptuais e problemáticos particulares a cada uma dessas formas de conhecer*”.²⁶ Igualmente, em relação às ciências sociais, um bom exemplo é o *crime*, que pode ser investigado sob enfoques teóricos bastante diversos, não raro sob forma multidisciplinar: sociológico, jurídico, econômico, político, moral, religioso, etc.²⁷

Assim, como não poderia ser diferente, em relação à ciência jurídica, o *objeto de conhecimento* vai determinado pela abordagem teórica proposta pela pesquisa.

Sobre o tema, MARQUES NETO, ao questionar acerca do *objeto real*, sustenta que à ciência do Direito importa o *fenômeno jurídico*, “que se gera e se transforma no interior do espaço-tempo social por *diferenciação* das relações humanas, tal qual acontece com os demais fenômenos sociais específicos: políticos, econômicos, morais, artísticos, religiosos etc. O fenômeno jurídico, embora específico, jamais se encontra em *estado puro* na sociedade, visto que existe mesclado com fenômenos de outras naturezas, sendo conseqüentemente *n-dimensional*”.²⁸

Ainda em relação ao *objeto real*, num sentido muito semelhante – que não parte, porém, dos mesmos argumentos utilizados por MARQUES NETO, e adotados neste texto –, Francesco CARNELUTTI utiliza a noção de *experiência jurídica* ao negar que o conjunto das normas jurídicas seja o objeto da ciência do Direito: “São pois, as regras que estão sobre o direito, as que buscamos para ensinar a construir, a manobrar, a observar as regras que estão dentro do direito; em outros termos, buscamos a lei da lei”.²⁹ Esta “regra sobre o direito” é chamada pelo autor de “regras da *experiência jurídica*”, que seriam o objeto da ciência jurídica e que se não esgotam nas questões ligadas à interpretação lógico-sistemática do direito, mas, “ao lado delas, deve-se ter em conta as de outros gêneros: psicológico, fisiológico, sociológico,

²⁶ *Id. Ibid.*, p. 186 (grifos no original).

²⁷ *Id. Ibid.*, p. 94.

²⁸ *Id. Ibid.*, p. 186 (grifos no original).

²⁹ CARNELUTTI, F. *Metodología... Op. cit.*, pp. 23-24. [Tradução livre de: “*Son pues, las reglas que están sobre el derecho, las que buscamos para enseñar a construir, a maniobrar, a observar las reglas que están dentro del derecho; en otros términos, buscamos la ley de la ley.*”]

econômico e até físico”.³⁰ Em trecho lapidar, CARNELUTTI sintetiza o alcance da noção de *esperienza jurídica*:

Porém, se os dados não são para nós somente os artigos do código que prevêem o contrato e o crime, mas também o contrato e o crime mesmos, e se isto é, como se disse, correspondente ao homem que compra ou que rouba, como fará o cientista do direito para observar não só o contratante ou ao delinquente, mas o contrato e o delito?³¹

De fato, embora o almeje, a ciência jamais alcança o objeto real, que está fora do alcance do homem.³² Antes, ela é elaborada com partida em um objeto de

³⁰ *Id. Ibid.*, p. 25. [Tradução livre de: “*al lado de ellas son de tener en cuenta la de otros géneros: psicológico, fisiológico, sociológico, económico y hasta físico.*”]

³¹ *Id. Ibid.*, p. 49. [Tradução livre de: “*Empero, si los datos no son para nosotros solamente los artículos del Código que prevén el contrato y el reato, sino también el contrato y el reato mismos y si esto es, como he dicho antes, correspondiente al hombre que compra o que roba, ¿cómo hará el científico del derecho para observar no sólo al contratante o al delincuente, sino el contrato y el delito?*”]

³² Francesco CARNELUTTI, ao tratar do processo, com razão, afirmou que a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem: “Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a *Prova Civile*, falei de *verdade*, assinalando, como escopo do processo, a investigação da *verdade substancial* e, como resultado, a obtenção de uma *verdade formal*. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. Alguma coisa disso comecei a entender com a meditação sobre o conceito de *parte*, que constitui uma das bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o ‘*Sein und Zeit*’, onde fala da *Weltlichkeit der Sache*, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos *Dialoghi con Francesco con universalità della cosa*. Justamente porque a coisa é uma parte, ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: “Eu sou a verdade”. Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza.” (**Verità, dubbio, certezza**. *Rivista di diritto processuale*. v. XX. Pádua: CEDAM, 1965, pp. 4-9). [Tradução de Eduardo Cambi (*Folha Acadêmica*. Centro Acadêmico Hugo Simas, Universidade Federal do Paraná. n. 116, a. LIX, p. 05, 1997) de: “*Quando sono partito, nei miei studi sul processo, con la Prova civile, ho parlato di verità, assegnando pressapoco al processo come scopo la ricerca della verità sostanziale e come risultato il conseguimento di una verità formale. Ma non era, per quanto piuttosto comune, una distinzione fondata. La verità non è e non può essere che una sola; quella che io come altri chiamavo verità formale non è la verità. Né io sapevo allora che cosa fosse e perché, soprattutto, né col processo né in alcun altro modo, dall'uomo si può mai raggiungere. Qualche cosa ho cominciato a capirne con la meditazione sul concetto di parte, che*

conhecimento construído desde um *enfoque teórico*. Assim, segundo MARQUES NETO, “podemos afirmar que *qualquer fenômeno social* é, em princípio, passível de constituir objeto de estudo da ciência do Direito: para tanto, basta que ela o *torne seu*, isto é, que o aborde dentro dos enfoques teóricos, problemáticos e metodológicos que lhe são próprios”.³³ Aliás, note-se como este raciocínio corrobora as palavras de Francesco CARNELUTTI supracitadas: “Qualquer intento de descobrir as regras da vida, por grosseiro que seja o método e por incerto que seja o resultado, é obra de ciência”.³⁴

Assim, mantendo-se em mente que o objeto de conhecimento decorre diretamente do *enfoque teórico*, é possível tratar do problema do objeto e da autonomia científica do Direito Processual Penal.

1.2 Reconhecendo a autonomia científica do direito processual penal

Atualmente, no meio jurídico, são comuns afirmações, muitas vezes desacompanhadas de argumentos teóricos, sobre a “autonomia científica” de certos ramos do conhecimento jurídico. Ao afirmá-la, porém, é necessário compreender seus

costituisce uno dei fulcri del mio modo di pensare. E chi mi ha aiutato, per quanto allora fosse molto distante dalla meta raggiunta nello scritarello, che ho ricordato poco fa, è stato il filosofo Heidegger, della prima maniera, con quella che fu, e dovera essere, la sua sinfonia incompiuta: il ‘Sein und Zeit’, dove parla della Weltlichkeit der Sache, che mi ha profondamente colpito e che ho tradotto, nelle prime pagine dei Dialoghi con Francesco con universalità della cosa. Proprio perché la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perché non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi. Più tardi questo mi è servito a comprendere, o almeno a cercar di comprendere, perché Cristo abbia detto: ‘Io sono la verità’. Pertanto la mia strada, cominciata con l’attribuire al processo la ricerca della verità, há messo capo alla sostituzione della verità con la certezza.”]

³³ MARQUES NETO, A. R. **Ciência... Op. cit.**, p. 187. Nunca é demais apontar como, daqui, é possível refutar as tradicionais correntes doutrinárias jurídicas que, como o *positivismo jurídico*, atribuíam às normas o estatuto de único objeto da ciência jurídica.

³⁴ CARNELUTTI, F. **Metodología... Op. Cit.**, p. 12. [Tradução livre de: “*cualquier intento de descubrir las reglas de la vida, por grosero que sea el método y por incierto que sea el resultado, es obra de ciencia.*”]

fundamentos. Evidentemente, como se concluiu no tópico anterior, não se pode negar a autonomia científica dos diversos ramos do conhecimento jurídico, notadamente porque, desde que se parta de um enfoque teórico específico, diversas formas de conhecer podem ser construídas.

É fundamental, todavia, não elevar tais “classificações” das disciplinas jurídicas ao grau de verdades científicas inquestionáveis, coisa absolutamente incompatível com a epistemologia contemporânea e com a noção de *fenômeno jurídico*. Ademais, não é necessário ir muito longe para verificar quão permeáveis são as disciplinas jurídicas em relação às demais. Basta pensar na interpenetração entre o direito processual e o direito administrativo, entre o direito civil e o direito comercial ou entre o direito constitucional e os demais ramos do conhecimento jurídico, para citar apenas alguns entre vários exemplos possíveis.

Nada obstante, depois de esclarecidos os pressupostos teóricos que fundam o objeto cognitivo, já parece possível afirmar a existência de uma ciência do Direito Processual Penal. E, neste sentido, o estabelecimento do enfoque teórico adequado a este fim constitui o desafio a ser enfrentado.

Para tanto, será preciso tratar de alguns temas ligados à construção do “conhecimento sobre o processo” como algo desvinculado do “conhecimento sobre o direito material” e, depois, à fracassada tentativa de construir uma abordagem teórica que pudesse abarcar tanto o fenômeno processual penal quanto o fenômeno processual civil.

Convém lembrar que o direito processual penal já foi comparado, por Francesco CARNELUTTI, à Gata Borralheira (*Cenerentola*, em italiano) da tradição oral popular: “Era um vez três irmãs que tinham em comum, ao menos, um dos genitores: eram chamadas *ciência do direito penal*, *ciência do processo penal* e *ciência do processo civil*. Ora, aconteceu que a segunda, em comparação com as demais, que eram muito belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência infelizes. Com a primeira aconteceu de dividir, por muito tempo, o mesmo quarto; e aquela tomou para si o bom e o melhor. (...) Cenerentola, assim, se contentava com as roupas abandonadas de suas irmãs mais

afortunadas”.³⁵

De fato, desde longa data coube ao direito processual penal uma posição indistinta e subordinada ao direito penal, do qual era considerado um apêndice. Esta afirmação pode ser constatada, a título de exemplo, desde as Ordenações do Reino portuguesas, que abrangiam, em seu livro quinto, sem distinções, aqueles dois ramos do direito, bem como em expressões até hoje utilizadas, equivocadamente, para designar o direito processual penal, como *direito penal adjetivo*. Segundo Jorge de FIGUEIREDO DIAS, como resultado disto, “a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo”.³⁶

Já, agora, no que toca ao direito processual civil, suas influências se fizeram perceber na seara processual penal ainda mais recentemente. Como aponta CARNELUTTI, “em uma palavra, a teoria do processo penal está, ainda, em uma fase de fiel dependência em relação à teoria do processo civil: onde se procura superar o empirismo, serve-se quase exclusivamente de modelos importados. Não digo que não há traços de uma produção própria, mas são quase irrelevantes; e muito menos de uma exportação do campo processual penal àquele do processo civil”.³⁷ Aqui, é impressionante perceber que, apesar de terem mais de sessenta anos, tais palavras permanecem integralmente aptas a relatar o que acontece, hoje, no Brasil.

Iniciar-se-á, entretanto, pelo problema da autonomia do direito processual em face do direito material.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola**. *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1946, v. I, pp. 73-75. [Tradução livre de: “C'erano una volta tre sorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la scienza del diritto penale, la scienza del processo penale, la scienza del processo civile. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice. Con la prima le toccò dividere, per lungo tempo, la medesima stanza; e quella si prese il buono e il meglio per sè. (...) Cenerentola, giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle.”]

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 28.

³⁷ CARNELUTTI, F. **Cenerentola...** *Op. Cit.*, p. 75. [Tradução livre de: “In una parola, la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati. D'una lavorazione indigena non dico che non ci siano tracce ma sono quasi irrilevanti; e tanto meno d'una esportazione dal campo del processo penale a quello del processo civile.”]

1.3 O direito processual penal entre a autonomia e a instrumentalidade: por que direito material e direito processual possuem objetos científicos diversos?

Do problema da relação entre o direito penal e o direito processual penal é que se define o objeto científico do direito processual penal e, por via de consequência, afirma-se sua autonomia científica.

Sobre a recíproca autonomia teleológica entre tais ramos do direito, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que entre eles há uma *relação de mútua complementaridade funcional*, que, por si só, indica que são partes distintas de uma unidade.³⁸ Sustenta o autor que o

direito penal substantivo estabelece, por forma geral e abstracta, quais os factos que devem ser considerados crimes e quais as penas que lhes correspondem. (...) Já vimos, porém, que a concretização do direito penal substantivo exige uma *regulamentação complementar* que discipline a investigação e esclarecimento do crime concreto e permita a aplicação da consequência jurídica àquele que, com a sua conduta, realizou um tipo de crime. Esta regulamentação complementar é constituída pelo direito processual penal, (...) que se pode *funcionalmente* definir como a regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um facto criminoso.³⁹

Na doutrina italiana, esta relação funcional existente entre o direito material e o direito processual foi apelidada de *instrumentalidade*. A propósito do direito processual penal, Giovanni LEONE afirma que

a norma penal apresenta, em relação com as outras normas jurídicas, a característica de, enquanto o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento vedado ou comandado (e, portanto, seu destinatário é aquele a quem toca a proibição ou comando), a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado que é chamado a aplicar a pena (isto é, o juiz). Isto porque não se admite a aplicação da sanção por consenso do réu, que se não pode sujeitar voluntariamente a ela, mas somente por ato do juiz (*nulla poena sine iudicio*). Nisto está a instrumentalidade do direito processual penal, que é mais evidente do que no direito processual civil.⁴⁰

³⁸ DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, pp. 28-29.

³⁹ *Id. Ibid.*, pp. 27-28 (sem grifos no original).

⁴⁰ LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 2ª Ed. Napoli: Jovene, 1969, p. 175. [Tradução livre de: “La norma penale presenta nei confronti delle altre norme giuridiche la caratteristica che, mentre il precetto ha come contenuto un determinato comportamento vietato o comandato (e perciò destinatario ne è colui a cui viene fatto divieto o comando), la sanzione ha come

Note-se que o direito processual é, portanto, instrumental em relação ao direito material, que só se aplica por meio daquele. Em outra passagem, o mesmo autor observa que

é obvia a consideração da função instrumental do processo (Vannini), que é predisposto a realizar, pela intervenção do poder jurisdicional, o cumprimento de um comando jurídico, que se não pode obter como ato voluntário. (...) Na seara penal, esta função instrumental do processo apresenta maior importância, dado que, por um preceito tradicional, a aplicação da pena é subtraída tanto ao Estado (titular do poder punitivo) como ao cidadão privado que eventualmente pretendesse aceitar a sanção penal. O princípio *nulla poena sine iudicio* se põe não somente como autolimita à função punitiva do Estado, mas também como limite à vontade do privado, ao qual é negada toda faculdade de se sujeitar à pena.⁴¹

Nada obstante, como ensina FIGUEIREDO DIAS, “só se acentua que uma tal instrumentalidade funcional não pode pôr em causa a *autonomia teleológica*, perante o direito substantivo, que ao processo advém por lhe corresponder um interesse material específico: o da realização concreta da própria ordem jurídica”.⁴²

Assim, embora a relação de instrumentalidade implique espécie de unidade entre o direito penal e o processual penal, há que se observar que se tratam, no ordenamento jurídico, para usar uma expressão do mesmo autor, de *províncias*, porém, de *províncias distintas*.⁴³ Assim, eis que se não infirmo a conclusão de que o direito processual penal é autônomo em relação ao direito material, há que concluir que ele deve ter um objeto de conhecimento distinto.

Como já mencionado, o estudo das diferenças salientadas pela relação de

destinatario quel potere dello Stato che è chiamato ad applicare la pena (cioè il giudice). Ciò perchè della sanzione non è consentita l'applicazione per consenso del reo, che non può assoggettarvisi volontariamente, ma solo per atto del giudice (nulla poena sine iudicio). In questo sta la strumentalità del diritto processuale penale, che è più marcata di quanto lo sia nel diritto processuale civile.”]

⁴¹ LEONE, G. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2ª ed., Napoli: Jovene, 1952, p. 1. [Tradução livre de: “E’ ovvia la considerazione della funzione strumentale del processo (Vannini), che è predisposto per realizzare, mediante l’intervento del potere giurisdizionale, l’adempimento di un comando giuridico, non potuto ottenere come atto volontario. (...) Questa funzione strumentale del processo presenta nel campo penale maggiore importanza, dato che, per un tradizionale canone, l’applicazione della pena è sottratta sia allo Stato (titolare del potere punitivo) sia al privato che volesse eventualmente accettare la sanzione penale. Il canone *nulla poena sine iudicio* si pone non solo come autolimita della funzione punitiva dello Stato, bensì come limite alla volontà del privato, al quale è negata ogni facoltà di assoggettarsi alla pena.”]

⁴² DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, p. 33.

⁴³ *Id. Ibid.*, p. 32.

mútua complementaridade funcional existente entre o direito penal e o processual penal indica o objeto de conhecimento deste último.

Em verdade, desde aqui, Jorge de FIGUEIREDO DIAS deduz de forma clara os diversos objetos científicos a que se referem as “ciências penais”. Isto, o autor faz a partir da idéia de que a existência de uma relação de *instrumentalidade* entre direito e processo penal não prejudica a autonomia científica: “Expressão desta autonomia teleológica é a circunstância de, logo no que toca aos *pressupostos funcionais* de que depende em concreto o nascimento uma pretensão jurídico-substantiva ou de uma jurídico-processual, existir uma diferença profunda: exige-se para aquela a *realização* (cometimento) de um tipo de crime, basta para esta a *notícia* (suspeita) da infração”.⁴⁴

E, ainda, a partir do objeto de cada um daqueles ramos da ciência jurídica, representados por seus *pressupostos funcionais*, extrai o autor características representadas por *binômios axiológicos* distintos, “que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no espaço social, visa valorá-la dentro da dicotomia axiológica ‘lícito-ilícito’; a de direito adjectivo, referida a actos no *espaço processual* (‘actos processuais’), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica ‘admissível-inadmissível’ ou ‘eficaz-ineficaz’”.⁴⁵⁻⁴⁶

Assim, por tudo, pode-se concluir “que se não está, no direito penal e no

⁴⁴ DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, p. 33. Sem embargo da absoluta valia das conclusões do autor no tocante à distinção entre o direito penal e o processual penal, não é possível deixar de fazer uma ressalva à utilização, como ele faz, da noção de *pretensão* em relação ao processo penal. Este conceito processual civil, como se demonstrará, não serve à explicação dos fenómenos processuais penais (ver tópico 1.4.1, *infra*).

⁴⁵ *Id. Ibid.*, p. 33-34. Em relação a esta passagem, todavia, não se pode deixar de fazer a pontual observação crítica, que em nada prejudica suas últimas conclusões, ligada à impropriedade terminológica de se referir ao direito processual como *direito adjectivo*. Tal expressão é evidentemente decorrente da racionalidade norteadas pelas teorias que viam no direito processual um mero desdobramento do próprio direito material. Com embargo, porém, se o direito processual é autónomo, não pode ser designado como um *adjectivo* do direito material.

⁴⁶ Aqui, no que toca à punibilidade, a lição de FIGUEIREDO DIAS parece merecer complementação sobre o binómio axiológico fundamental do direito penal (lícito-ilícito). De fato, a circunstância de ser punível o fato está além do escopo dos atos processuais, diz com a própria *conduta humana*, o que insere a punibilidade no objeto científico do direito penal. Assim, haver-se-ia que concluir que são binômios axiológicos do direito penal o *lícito-ilícito* e o *punível-impunível*. Sobre o tema, ver NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Direito processual penal: Objeto e método**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, n. 394, nov.-dez., 2007, pp. 187-208.

processual penal, perante modos diversos de perspectivar o mesmo objecto, mas perante regulamentações jurídicas autónomas, justificadas pela *diversidade de objectos* a que se dirigem”.⁴⁷

Dito de outro modo, o objeto científico do direito penal diz com a *conduta humana* valorada pelo ordenamento jurídico como sujeita à sanção penal, ao passo que se versa, no campo processual, sobre os *atos processuais*, que representam o objeto de conhecimento do direito processual penal.

1.4 A autonomia científica do direito processual penal: é possível, hoje, uma teoria geral do processo?

Superado, para o momento, o problema da autonomia do direito processual penal em relação ao direito penal, importa afirmar sua autonomia ao direito processual civil, o que consiste, basicamente, em negar a possibilidade de uma teoria geral do processo, eis que, em princípio, não possuem objetos completamente distintos.

Aqui, a imprestabilidade do conceito de *lide* – núcleo da teoria geral do processo –, em qualquer de suas formas, ao processo penal e a incompatibilidade principiológica entre os sistemas processuais penal e civil são os principais argumentos, que se passa a estudar, a sustentar aquela conclusão.

1.4.1 O direito processual autónomo e a elaboração de uma teoria geral do processo: a (in)adequação do conceito de lide ao processo penal

Francesco CARNELUTTI, um dos pioneiros no tratamento sistemático-científico da disciplina processual, ao “descobrir” o conceito de *lide*,⁴⁸ assumiu ter desvelado o conceito fundamental da ciência processual, sobre o qual se poderia construir uma teoria geral do processo. Isto é, todos os elementos de sua teoria sobre

⁴⁷ DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, p. 34.

⁴⁸ A *lide* vai definida pelo autor, inicialmente, como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Pádua: CEDAM, 1926, reimpressão 1986, v. IV, p. 302).

o processo estariam ancorados no conceito de *lide*, inclusive a *jurisdição*. Aqui, afirma CARNELUTTI que é função essencial do juiz decidir a lide: “Para mim esta é a função do juiz civil como do juiz penal”.⁴⁹

Esta é a raiz do principal argumento utilizado pela doutrina pátria, até o presente, para sustentar uma teoria geral do processo, isto é, a afirmação de que a unidade de jurisdição implica unificação do direito processual e determina a elaboração de uma teoria unitária do processo.⁵⁰ Não se olvide, porém, que o que funda o argumento é conceito carneluttiano de lide.

Todavia, como se pretende demonstrar, este argumento é insuficiente para afirmar a possibilidade de uma teoria geral do processo. De fato, a refutação ao argumento de que a unidade de jurisdição implica unidade teórica do direito processual pode ser feita pela demonstração de que o conteúdo proposto para a *jurisdição*, na teoria unitária do processo, vai construído a partir de conceitos subjetivos (ligados ao espectro da atuação das partes, dentro e fora do processo), como “lide” e “pretensão”,⁵¹ que são imprestáveis ao processo penal.

Desde a primeira metade do século XX, na Itália, porém, a lide carneluttiana já não sobreviveu às investidas de alguns de seus principais críticos, como CHIOVENDA, CALAMANDREI e GRISPIGNI, entendidos como *objetivistas*,⁵² o que levou seu criador a, eventualmente, renunciá-la.⁵³

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sulla 'reformatio in pejus'**. *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1927, v. II, pp. 183-184. [Tradução livre de: “*La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa è così la funzionedel giudice civile come del giudice penale.*”]

⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 18: “Realmente, como é uma a atividade jurisdicional do Estado, que sempre se desenvolve de forma processual, para resolver as lides ocorrentes na vida da sociedade, mediante aplicação dos critérios estabelecidos pelo direito material, também é substancialmente una a sua disciplina jurídica, que se faz através do direito processual”. É digno de nota, porém, que a partir da 7ª edição de “*Teoria geral do processo*”, os autores passam a reconhecer que a lide não está presente, sempre, como elemento distintivo da atuação jurisdicional do Estado. Apesar disso, sem novos esforços de fundamentação, segue-se com o argumento de que a unidade de jurisdição determina a unidade do direito processual penal (nesta edição, ver os capítulos 3 e 11).

⁵¹ *Id. Ibid.*, pp. 94 e ss.

⁵² “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que ‘prescinde inteiramente de consideração dos escopos subjetivos das partes’.” (COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 77).

⁵³ As críticas de vários processualistas italianos e as respostas de CARNELUTTI, bem como os fatores que o levaram a desistir do conceito, foram objeto da mencionada obra “A lide e o conteúdo do processo penal”,

Uma das principais críticas, suficiente para demonstrar a inadequação da lide ao processo penal, é devida a Piero CALAMANDREI, ao afirmar que “o processo penal, na realidade, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno da existência do fato e da medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes”, e, deste modo, “a verdade é que no processo penal em gênero, como no processo civil inquisitório, o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, à regulação dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como partes no processo”.⁵⁴

Assim, reconhecidas as incoerências que o conceito de *lide* promove no processo penal, CARNELUTTI sentiu-se forçado a rever suas posições e apresentar renúncia ao conceito. Este fato se tornou evidente na obra “*Lezioni sul processo penale*”, cuja primeira edição é de 1946, em que o autor reconhece que esteve errado em relação ao processo penal.⁵⁵ Como consequência, desfazendo-se a lide, desfaz-se também o principal fundamento da teoria unitária.

A despeito disso, e mesmo após ter CARNELUTTI renunciado ao conceito de lide, parte da doutrina processual penal italiana, embora rejeitando seu conteúdo original, mas mantendo a terminologia e parte de sua estrutura, construiu o conceito de *lide penal*,

de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, que concluiu pela imprestabilidade do conceito de lide, em qualquer de suas formas, para o processo penal.

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1930, pp. 16-17: “Il processo penale, infatti, non ha scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all’esistenza del reato e alla misura della pena, sicché il processo perda la sua ragion d’essere la dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due ‘litiganti’”; “La verità è che nel processo penale in genere, come nel processo civile inquisitorio, il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo.”

⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni sul processo penale**. 2ª ed. Roma: Ateneo, 1949, pp. 121-122: “Sobre o conteúdo puramente penal do processo estive errado tanto na primeira vez, quando reconheci ao processo penal caráter contencioso, como na segunda, quando modifiquei minha opinião mantendo um tipo intermediário entre o processo contencioso e o processo voluntário”. [Tradução livre de: “Circa il contenuto puramente penale del processo io mi sono sbagliato dunque così la prima volta, quando ho riconosciuto al processo penale carattere contenzioso come la seconda, quando ho modificato la mia opinione ritenendolo un tipo intermedio tra il processo contenzioso e il processo volontario”].

em substituição à noção de *lide no processo penal*.⁵⁶

Giovanni LEONE e Girolamo BELLAVISTA foram os principais articuladores deste novo conceito, tendo o primeiro definido a *lide penal* como “uma situação imanente de conflito entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente”. Segue LEONE: “Lide, no processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja, qualificado por uma pretensão e uma resistência; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesses e por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente.”⁵⁷ Para o autor, deste modo, a jurisdição deve ser conceituada como o poder de resolver, através de decisão fundamentada e em conformidade com a lei penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado.⁵⁸

Esta nova concepção de lide — assentada sobre um *conflito imanente entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu* — alcançou posição hegemônica entre a doutrina brasileira.⁵⁹

Apesar de sugestivo, o conceito começa a ruir ao encontrar fundamento em posições irredutíveis. De fato, para tornar possível a afirmação de existe sempre (imanente) um conflito de interesses (direito de punir v. direito de liberdade) no processo penal, há que se assumir, necessariamente, que há absoluta *indisponibilidade*

⁵⁶ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 13.

⁵⁷ LEONE, Giovanni. *Lineamenti... Op. Cit.*, pp. 31-33. [Tradução livre de: “...una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) dell'imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto”; “Lite, nel processo penale, non deve significare conflitto di attività, conflitto appariscente di interessi, cioè qualificato da una pretesa e da una resistenza; lide, invece, nel processo penale significa conflitto permanente e indisponibile d'interessi e perciò più vitale, in quanto transcende ogni riflesso particolare e contingente.”]

⁵⁸ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 12ª ed., Napoli: Jovene, 1988, p. 135.

⁵⁹ Entre vários outros, veja-se: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. I, p. 11-13; LACERDA, Galeno. *Considerações sobre a reforma processual*. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 355, maio, p. 13, 1975; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1957, v. II, p. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 11; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições... Op. Cit.*, 1977, p. 11-12; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

em relação ao conteúdo do processo, isto é, uma vez que as partes não podem a ele renunciar, o conflito sempre existe. Não é outra a conclusão de LEONE, que adota a impossibilidade de disposição em relação ao conteúdo do processo como núcleo de sua *lide penal*: “O princípio da indisponibilidade do objeto do processo é pacificamente entendido como exclusão de qualquer poder das partes de influir com o próprio comportamento sobre a sorte seja da relação processual seja da relação substancial deduzida em juízo”. Ainda, em outra passagem, invocando o princípio da obrigatoriedade da ação, afirma que “o princípio da indisponibilidade no processo penal se desdobra no modo que segue: A) O Ministério Público: a) tem a obrigação de promover a ação penal, também no caso de reputada improcedência da *notitia criminis*”.⁶⁰

Das passagens transcritas, no sistema processual penal brasileiro – e até mesmo no italiano – nota-se como a *lide penal* é refutada na medida das mitigações ao princípio da indisponibilidade previstas na legislação processual, como, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público não recorrer da decisão absolutória. Aqui, não recorrer “significa dispor do conteúdo processo e (...) colocar o *jus puniendi* em uma situação de impotência”.⁶¹ LEONE e BELLAVISTA reconheciam essa deficiência em sua teoria, e chegaram ao ponto de sugerir que a *lide penal* serviria apenas à fundamentação do processo penal de 1º grau.⁶²

Ainda, se a *lide penal* já não caiu por terra ante as críticas apresentadas, bastaria também lembrar, no Brasil, da *ação penal de iniciativa privada*, que, submetida a interesses disponíveis, representa uma insuperável negativa ao princípio

⁶⁰ LEONE, G. **Lineamenti...** *Op. Cit.*, p. 29-30. [Tradução livre de: “*Il principio di indisponibilità dell’oggetto del processo va pacificamente inteso come esclusione di qualsiasi potere delle parti di influire col proprio comportamento sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto in giudizio.*”]; [“*Il principio di indisponibilità nel processo penale si snoda nel modo che segue: A) Il pubblico ministero: a) ha l’obbligo di promuovere l’azione penale, anche nel caso di reputata infondatezza della notitia criminis.*”]

⁶¹ COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. Cit.*, p. 131.

⁶² BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1952, v. I, p. 12: “...poichè alla volontà dei soggetti non è riconosciuto alcun potere dispositivo (tranne che nel regime delle impugnazioni)...”; e LEONE, G. **Manuale...** *Op. Cit.*, p. 89: “*Ora, nel processo penale di primo grado si delinea due situazione diverse: una situazione immanente (...) ed una situazione contingente.*” [Tradução livre: “...uma vez que à vontade dos sujeitos não é reconhecido nenhum poder dispositivo (exceto no regime das impugnações)...”]; [“Agora, no processo penal de primeiro grau delineiam-se duas situações diversas: uma situação imanente (...) e uma situação contingente.”]

da indisponibilidade.⁶³

Por fim, como derradeira crítica à lide penal, há que se mencionar argumento original de Clara Maria Roman BORGES, que sustenta, com base na ordem constitucional vigente, que é dever do Estado tutelar a liberdade do cidadão tanto quanto aplicar as penas impositivas aos culpados, em leitura que é absolutamente incompatível com a noção de um conflito imanente:

Ora, a presunção de que sempre o Estado estaria em conflito com o imputado viola inclusive o princípio da presunção de inocência, pois somente será imposta a punição estatal àquele que for identificado como culpado e isso acontecerá apenas no final do processo. *Ademais, não se pode deslembrar que também é dever do Estado zelar pela liberdade do imputado, o que poderia causar distorção à tese leoniana e estabelecer como conteúdo do processo um conflito de interesses estatais.*⁶⁴

Por tudo, segundo este fundamento, resta claro que a suposta identidade no conceito de jurisdição não tem o condão de autorizar a elaboração científica de uma teoria unitária do processo. Isto porque o processo penal guarda incompatibilidade absoluta com a noção de lide, mesmo em relação à chamada *lide penal*.⁶⁵

Em verdade, ao processo penal restaria a vantagem da construção de um discurso científico mais consistente se as noções subjetivas (pretensão/interesse/vontade),

⁶³ COUTINHO, J. N. M. *A lide...* *Op. Cit.*, p. 130.

⁶⁴ BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**. 2005. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 42.

⁶⁵ É digno de nota que, desde as polêmicas iniciais sobre o conceito de jurisdição entre objetivistas e subjetivistas (CHIOVENDA v. CARNELUTTI), percebe-se que o tema sente a omissão da doutrina que não tem realizado esforços na elaboração de novos conceitos. Precisamente aqui é que se precisa citar iniciativas que visam superar o problema pela adoção de uma abordagem teórica própria do processo penal. Entre eles, Franco CORDERO, na Itália, para quem “o processo penal serve para verificar se uma pessoa deve ser punida”, sendo a jurisdição o veículo necessário a essa verificação (**Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1966, p. 8), e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, no Brasil, ao afirmar que se trata, “entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. *Caso penal* cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é infalível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva” (*A lide...* *Op. Cit.*, p. 138). Recomenda-se, também, a citada tese de doutorado de Clara Maria Roman BORGES, defendida em 2005, na Universidade Federal do Paraná, sob o título “Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal”, em que a autora procura novos fundamentos teóricos para o conceito de jurisdição penal.

decorrentes da adoção do conceito de lide, fossem deixadas de lado.⁶⁶ Mais do que isso, a impossibilidade de adoção da lide carneluttiana – ou mesmo da lide penal – como conteúdo do processo penal retira a suposta base epistemológica comum aos processos civil e penal, desautorizando, ao menos sob tais fundamentos, a elaboração de uma teoria geral do processo.

1.4.2 O direito processual autônomo e a elaboração de uma teoria geral do processo: os diferentes princípios unificadores dos sistemas processuais

Como se buscou demonstrar, a fundamentação da teoria geral do processo na lide, em qualquer de suas formas, como sói fazer a maior parte da doutrina processual brasileira, representa um equívoco epistemológico.

Todavia, esta conclusão não é suficiente para afastar, por outros fundamentos, a tentativa de se formular uma teoria geral. Embora, sob um ponto de vista abstrato, isto seja possível – eis que, como se disse, o objeto e o método de uma teoria científica são dados por um *enfoque teórico* construído pelo cientista –, é fato que atualmente não parece haver abordagem teórica capaz de abarcar, na experiência brasileira, dois ramos do direito tão distintos quanto o processo penal e o processo civil.

Esta conclusão é sustentada pelo argumento de que os sistemas processuais penal e civil estruturam-se sobre princípios unificadores distintos.

Desde logo, sobre a noção de *sistema processual*, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO o define, "a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que passam pela *instrumentalidade* e pela *paz social*".⁶⁷

⁶⁶ Se faz necessário um estudo histórico do processo penal brasileiro para demonstrar como a introdução do conceito de lide condicionou o desenvolvimento dos demais elementos processuais, estudo este já realizado na indicada obra de COUTINHO, "A lide e o conteúdo do processo penal".

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à**

Assim, segundo a noção kantiana que permeia este discurso sobre os sistemas, poder-se-ia concluir que esta é questão que se compreende no ponto mais fundamental da construção científica do direito processual penal. De fato, em lição ministrada por KANT, o conhecimento humano ganha contornos científicos, antes de qualquer coisa, pela organização sistemática fundada em uma *idéia central*.⁶⁸ E, sobre o papel desta idéia central – ou *princípio unificador*, como se está designando aqui – afirma o filósofo: “Por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia (...). Aquilo que designamos por ciência não pode surgir tecnicamente, devido à analogia dos elementos diversos ou ao emprego acidental do conhecimento *in concreto* a toda espécie de fins exteriores e arbitrários, mas, sim, de um único fim supremo e interno, que é aquilo que primeiro torna possível a totalidade”.⁶⁹

No que toca ao direito processual, segundo o estágio atual do conhecimento jurídico, têm sido reconhecidos, historicamente, dois sistemas processuais: o *inquisitório* e o *acusatório*, cada qual regido por princípios unificadores próprios, que são, respectivamente, o princípio *inquisitivo* e o princípio *dispositivo*.

Pelo papel central deste problema no bojo do conhecimento jurídico, antes de se realizar qualquer estudo em matéria processual, é fundamental ter em conta que modalidade de sistema processual está em exame. É o que ensina Gian Domenico PISAPIA, que, ao discorrer sobre a reforma do Código de Processo Penal italiano, afirma: “Antes de passar ao exame analítico do processo penal italiano vigente, é oportuno precisar a qual tipo de processo ele pode se reconduzir: também porque tal especificação pode permitir uma melhor avaliação das diversas orientações que são delineadas em relação à reforma do código de processo penal”.⁷⁰

Como se verá, porém, a distinção entre os sistemas não é operada de forma

Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16.

⁶⁸ A propósito da *arte dos sistemas* (arquitetônica), afirma que “a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência” (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 584).

⁶⁹ KANT, I. **Crítica... Op. Cit.**, p. 585.

⁷⁰ PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4ª ed. Pádua, CEDAM, 1985, p. 20. [Tradução livre de: “*Prima di passare all’esame analitico del processo penale italiano vigente, è opportuno precisare a quale tipo di processo esso può ricondursi: anche perché tale precisazione può consentire di meglio valutare i diversi orientamenti che si sono delineati in ordine alla riforma del codice di procedura penale.*”]

unânime na doutrina brasileira.

Segundo Franco CORDERO, o critério definitivo de distinção entre os sistemas processuais é a *gestão da prova*, que indica o princípio unificador do sistema e, por via de consequência, a própria modalidade de sistema processual.⁷¹ No direito brasileiro, esta posição é adotada, entre outros, por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, ao afirmar que, “ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”.⁷² Gestão da prova, aqui, diz com a iniciativa e o controle em relação à produção da prova.

Neste sentido, pode-se dizer que no sistema inquisitório (instituído desde os sécs. XII e XIII, no âmbito da Igreja Católica, e, posteriormente, espreado para as legislações seculares na Europa Continental), orientado pelo princípio inquisitivo, a gestão da prova é “confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos — de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação —, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases’⁷³. Como refere FOUCAULT, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade da qual investia o acusado’⁷⁴. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do *contraditório* e sendo o senhor da prova, sai em seu enalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato”.⁷⁵⁻⁷⁶

⁷¹ CORDERO, F. **Guida alla procedura penale**. Turim: UTET, 1986, p. 32 e ss.

⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165.

⁷³ DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, p. 247.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36.

⁷⁵ COUTINHO, J. N. M. **O papel... Op. Cit.**, p. 24.

⁷⁶ Como consequência desta ordem de coisas, observa-se que o julgador pode fazer um prejulgamento do caso penal, decidindo antes, para depois buscar as provas necessárias para legitimar sua decisão. A isto, CORDERO chamou de “primado das hipóteses sobre os fatos”, lugar da lógica deformada deste sistema, que resulta de quadros mentais paranóicos. Em passagem lapidar, diz o autor que “o isolamento no qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, longe de interpretações dialéticas, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamos-lhes ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem inquire segue uma hipótese, às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundamentada em relação às alternativas possíveis, nem

Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, aqui, sustenta que, “partindo de premissa falsa, não poucas vezes assentada em um *lugar comum* (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do seqüestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmudada em *verdade construída*”. Mais do que disso, o sistema inquisitório, em sua forma original, oportuniza ao julgador abandonar a “descoberta” dos fatos para tentar “esclarecer” o fato através da *regina probationum*, ou seja, a confissão do réu⁷⁷, ou, ainda pior, forjá-la *per fas et per nefas*.

Por outro lado, o sistema acusatório, pelo princípio dispositivo, oferece às partes a gestão da prova, que formarão o material probatório a ser livremente apreciado pelo juiz, sem, porém, sua iniciativa ou controle em relação à admissibilidade. Seu lugar de nascimento é a Ilha Bretanha de João Sem-Terra, cuja *Magna Charta Libertatum* (século XIII) indicava uma estrutura processual acusatória, acentuada pelo *Bill of Rights*, de 1698, e pelo *Act of Settlement*, de 1701. O processo acusatório “nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual,

este trabalho estimula a cautela autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão, e foi ele que as colocou sobre a mesa, direciona-o para a sua hipótese. Sabemos sobre os meios persuasivos com os quais conta (alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, fervorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili); usando-os orienta o êxito para onde quiser.” (Guida... *Op. Cit.*, p. 51). [Tradução livre: de “*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole.*”] Ainda, é digno de nota que a literatura inglesa do final do século XIX, de certa forma, já havia descrito tal comportamento. É o que se conclui de um diálogo, muitas vezes repetido na obra de Sir Arthur Conan DOYLE, em que o detetive Sherlock Holmes, diante da ansiedade de seu companheiro, Dr. John Watson, afirma: “*Still, it is an error to argue in front of your data. You find yourself insensibly twisting them round to fit your theories.*” (DOYLE, Sir Arthur Conan. **His last bow: some reminiscences of Sherlock Holmes**. Oxford: Oxford University Press, 1994). [Tradução livre: “Ainda, é um erro argumentar antes de se ter todos os dados. Você se encontra, insensivelmente, torcendo-os para que se encaixem em suas teorias.”]

⁷⁷ COUTINHO, J. N. M. *O papel... Op. Cit.*, pp. 25-27.

enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados”.⁷⁸

Muito embora, como se buscou demonstrar, o critério da *gestão da prova* seja determinante para a identificação do princípio unificador de um sistema processual, a maior parcela da doutrina pátria aponta o fato da *existência ou não de partes* como critério suficiente para a distinção entre os sistemas processuais.

Esta é a lição de José Frederico MARQUES, ao afirmar que “enquanto no procedimento acusatório, o juízo penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe, tanto que dêle disse ALCALÁ-ZAMORA, não ser processo genuíno, e sim, uma forma autodefensiva de administração da justiça. É que no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nêle se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo”.⁷⁹

Em verdade, a doutrina tradicional, para seguir afirmando a existência de uma teoria geral do processo, ignora a estrutura eminentemente inquisitória erigida pela legislação processual penal infraconstitucional e elabora argumentos para “compatibilizar” os sistemas processuais civil e penal sob a mesma categoria de sistemas acusatórios.

É o que faz, entre outros, Ada Pellegrini GRINOVER ao sustentar que a distinção entre os sistemas não passa pela gestão da prova (que restringe, inadvertidamente, à iniciativa probatória do juiz), mas, exclusivamente, pela existência ou não de partes. Mais do que isso, sugere que os que adotam o critério da *gestão da prova* confundem o sistema acusatório com o “*adversarial system*” do direito anglo-saxão:

⁷⁸ *Id. Ibid.*, pp. 36-37.

⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos... Op. Cit.*, v. I, p. 62-63.

A ambigüidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto, no segundo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo. (...) O que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado “adversarial system”, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao “inquisitorial system”, da Europa continental e dos países por ela influenciados. Denomina-se “adversarial system” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “inquisitorial system”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora). O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “adversarial system” ou o “inquisitorial system”, expressão que se poderia traduzir por “*processo de desenvolvimento oficial*”. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.⁸⁰

Com embargo, porém, na própria literatura jurídica anglo-saxônica, as expressões “*inquisitorial system*” e “*non-accusatorial*” são utilizadas sem distinção. Veja-se a lição de Giuseppe Leroy CERTOMA, professor da Universidade de Sydney:

Um sistema acusatório é essencialmente um processo de partes. Ele envolve uma disputa entre dois lados, entre acusação e réu, em uma arena judicial. As partes estão em posição igual com um moderador imparcial, o juiz. *O juiz não tem qualquer iniciativa na obtenção das provas, que está exclusivamente nas mãos das partes, especialmente a acusação.* (...) Por outro lado, o sistema inquisitório é principalmente caracterizado por dois fatores básicos: primeiro, a concentração de diversas funções numa pessoa, eis que o juiz no sistema inquisitório é juiz e acusador; segundo, a colheita das provas em um sistema inquisitório está sob controle do juiz, não das partes, e ele inicia a investigação e a obtenção das provas.

Ainda, o mesmo autor conclui: “a investigação no sistema *não-acusatório* é conduzida pelo judiciário. O judiciário detém a iniciativa e o controle sobre a colheita probatória, bem como uma completa liberdade sobre a admissibilidade e avaliação

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, n. 18, v. 1, 2005, jan.-jun., pp. 15-17.

das provas”.⁸¹

Com o devido respeito, portanto, não parece andar bem a autora supracitada ao afirmar que “um sistema acusatório pode adotar o ‘*adversarial system*’ ou o ‘*inquisitorial system*’”. Isto porque não é possível dizer que a expressão “sistema acusatório”, por seu conteúdo e abrangência, pode ser compatibilizada com a expressão “*inquisitorial system*”. Como se viu, um processo não-acusatório, segundo a tradição jurídica anglo-saxônica, vai marcado pela iniciativa judicial na instrução probatória e, quando a iniciativa é das partes, pelo controle do juiz sobre a admissão das provas. Em suma, por via de consequência, um “*accusatory system*” não o é sem o “*adversary*”.

Em outra passagem, defendendo que o juiz deve suprir eventuais deficiências na produção da prova pelas partes, a autora afirma que “o juiz não pode e não deve ter poderes investigatórios, porque isso não compactua com o sistema acusatório, mas o juiz não pode permanecer inerte durante a instrução processual, ele é o destinatário da prova e é com base na prova que vai julgar”.⁸² Aqui, quando a autora sugere que o juiz não pode permanecer inerte na instrução processual, deve-se lhe todo o respeito devido a uma posição teórica antagônica.⁸³ Por outro lado, é preciso dizer que se não

⁸¹ CERTOMA, Giuseppe Leroy. **The accusatory system v. the inquisitorial system: procedural truth v. fact?** *Australian Law Journal*, Sydney, v. 56, 1982, pp. 288-292. [Tradução livre de: “An accusatory system is essentially a party process. It involves a two-sided contest, between prosecution and defendant, in a judicial arena. The parties are in an equal position with an impartial moderator, the judge. The judge does not have any initiative in the collection of the evidence which is exclusively in the hands of the parties, chiefly with the prosecution. (...) On the other hand, the inquisitorial system is mainly typified by two basic factors: first, the concentration of several functions in the one person, as the judge in an inquisitorial system is both judge and prosecutor; second, the collection of evidence in an inquisitorial system is in the control of the judge, not the parties, and he initiates the investigation and collects all of the evidence.”]; [“The investigation process in the non-accusatorial is conducted by the judiciary. The judiciary enjoys the initiative and control over the collection of evidence as well as a complete freedom over its admissibility and evaluation.”]

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **A prova no processo penal. A reforma do processo penal (anais de seminário)**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007, pp. 45-46.

⁸³ Discorda-se, aqui, da posição da autora em relação à iniciativa probatória do juiz, mesmo que seja apenas para fins suplementares. Desde logo, não é possível falar em imparcialidade. O juiz, ser humano, só conclui que precisa produzir mais provas porque segue uma hipótese, qualquer que seja, “favorável” à acusação ou à defesa. Há que se lembrar das palavras de CORDERO, citadas acima: “quem inquirir segue uma hipótese, às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundamentada em relação às alternativas possíveis, nem este trabalho estimula a cautela autocrítica” (**Guida... Op. Cit.**, p. 51. Tradução livre). Além disso, neste tema, há que se compreender bem o papel das partes no sistema acusatório. E, para isso, é mister não olvidar do pressuposto, previsto na

pode pretender alterar o significado da expressão “sistema acusatório”, que tem carga histórica, para que se encaixe em uma ou outra teoria. Com efeito, a expressão “sistema acusatório” vai carregada por um conteúdo histórico inalienável, que não pode ser confundido com o do princípio da demanda (ou acusação).

Em verdade, segundo as lições de Franco CORDERO e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, já mencionadas, o fator determinante à distinção entre os sistemas é a *gestão da prova*, ao passo que a existência ou não de partes com funções diversas é um elemento secundário, meramente. Basta lembrar, por exemplo, que as *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, em França, apesar de serem consideradas um monumento inquisitório laico, estruturavam-se de modo tal a permitir a existência de partes e o monopólio da ação pela parte acusadora.⁸⁴

Embora não se possa dizer que as legislações processuais penais ocidentais contemporâneas contemplam sistemas acusatórios ou inquisitórios puros, o núcleo básico de cada sistema (o princípio unificador, inquisitivo ou dispositivo) permanece intacto, admitindo-se, porém, o empréstimo de elementos secundários do outro sistema.⁸⁵ Aqui, perceba-se que os sistemas processuais contemporâneos da Europa

Constituição brasileira, da presunção da inocência: fica, assim, muito claro que é do autor todo o ônus da prova em relação ao conteúdo da acusação. Se, nisto, ele não lograr êxito, em nome da democracia, a solução é absolver o acusado. Por via de consequência, se ao réu não é possível imputar o encargo de produzir provas negativas (embora se lhe garanta o contraditório), para que(m) sentiria o juiz necessidade de produzir provas? De fato, sobre o problema do ônus probatório na estrutura acusatória, valem as palavras de Jorge Figueiredo DIAS: “Daqui uma estrutura processual penal aparentada com a processual civil, em que, para além da cisão indispensável entre a entidade investigadora (acusadora) e a julgadora, valem praticamente sem limites os princípios do *dispositivo*, do *juiz passivo*, da *verdade formal*, da *auto-responsabilidade probatória das partes* (com a consequente repartição do *ônus da prova*), enfim, da *presunção da inocência do acusado* até a condenação” (**Direito... Op. Cit.**, p. 65, grifos no original). Mais, como lembra Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, “o princípio da inocência é, efetivamente, estrutural, na medida e, que se localiza na raiz de qualquer modelo processual com pretensões garantistas” (**Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 174). Ainda, quanto à eventual insuficiência de defesa, é preciso ter claro que a solução, antes da iniciativa probatória do juiz, deve passar pela qualificação e adequada estruturação das defensorias públicas, requisito imprescindível à concretização da estrutura processual acusatória.

⁸⁴ CORDERO, F. **Guida... Op. Cit.**, p. 47: “É falso que método inquisitório equivalha a processo sem autor: nas *Ordonnance Criminelle* de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação compete aos homens do rei.” [Tradução livre de: “è falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordonnance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopolio dell’azione spetta agli hommes du roi.”]. Também, COUTINHO, J.N.M. **O papel... Op. Cit.**, pp. 23-24.

⁸⁵ COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. Cit.**, p. 167.

continental são reputados essencialmente inquisitórios apesar de estabelecerem nitidamente a separação das funções de acusar e julgar; mesmo na Itália, a despeito da mistura equivocada – como carreira – entre Ministério Público e Magistratura.⁸⁶

Neste sentido concluem tanto juristas da tradição continental como da anglo-saxônica. Segundo Gian Domenico PISAPIA, “cumpre precisar desde logo que em nenhum país hoje é mais acolhido nem o sistema acusatório puro, nem aquele inquisitório. É possível todavia constatar, no máximo, que os países anglo-saxões apresentam tipos de processo inspirados na estrutura acusatória, ao passo que os países da Europa ocidental apresentam processos com estrutura tendencialmente inquisitória”.⁸⁷ Com palavras muito semelhantes, esta é também a lição do australiano Giuseppe CERTOMA.⁸⁸

Ainda, em referência ao sistema processual penal germânico contemporâneo, Joachim HERRMANN, professor da Universidade de Augsburg, explica que se trata de um procedimento inquisitorial e esclarece o que isto significa. Apesar de ser um tanto extensa, a citação demonstra como a *gestão da prova* é o elemento que define os sistemas processuais e, por isso, merece transcrição integral:

Hoje, o termo *inquisitorial* significa que o juiz, além da acusação e da defesa, conduz o julgamento. O juiz tem o dever legal de promover sua própria investigação do caso. Portanto, ele tem sob sua iniciativa alargar o escopo da colheita das provas para cobrir todos os fatos, testemunhas, especialistas e outros meios de prova que considere relevantes para sua decisão. A busca judicial da verdade é a idéia que governa o julgamento alemão. Como

⁸⁶ Sobre o tema, ver CARNELUTTI, Francesco. **Mettere il pubblico ministero al suo posto**. *Rivista di diritto processuale*. v. VIII. Pádua: CEDAM, 1953.

⁸⁷ PISAPIA, G. D. **Compendio... Op. Cit.**, p. 21. [Tradução livre de: “*Occorre precisare subito che in nessun Paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitorio. È possibile tuttavia constatare in via di massima, che i Paesi anglosassoni presentano dei tipi di processo ispirati alla struttura accusatoria, mentre i Paesi dell’Europa occidentale presentano dei processi a struttura tendenzialmente inquisitoria.*”]

⁸⁸ CERTOMA, G. L. **The accusatory... Op. Cit.**, p. 288: “Em nenhum país hoje existe um sistema puramente acusatório ou inquisitório, mas é verdade que os países do *common law* seguem procedimentos inspirados pela tradição acusatória, e os países do *civil law* têm uma estrutura que tende à tradição inquisitória”. Como exemplo do segundo caso, o autor cita o procedimento processual penal italiano anterior à reforma de 1988. [Tradução livre de: “*In no country today does there exist a pure accusatorial or a pure inquisitorial system, but it is true to say that common law countries follow procedure inspired by the accusatorial tradition, and the civil law countries have a structure which tends towards the inquisitorial tradition.*”]

“guilty pleas”⁸⁹ interfeririam com esta idéia, não se lhes admite no procedimento alemão. No julgamento, o juiz – ou o juiz-presidente, se o caso é conduzido por um corpo de vários juízes – decide por si próprio que prova será colhida e em que ordem isto será feito. Ele chama e interroga testemunhas e introduz os outros meios de prova. A acusação e a defesa podem também realizar perguntas às testemunhas e produzir suas próprias provas, mas desempenham papéis muito menos importantes do que o juiz. Ao invés de uma disputa ou litígio entre as partes, o julgamento alemão pode ser visto como uma pseudocientífica busca pela verdade. Na terminologia jurídica alemã, a acusação e a defesa sequer são chamadas partes (*Parteien*), mas participantes (*Verfahrensbeteiligte*).⁹⁰

Este entendimento também não destoa daquele dos autores que se têm ocupado da reforma processual penal na América Espanhola. Exemplo disso, ao comentar o artigo 361, do Código de Procedimiento Penal colombiano,⁹¹ que veda ao juiz a produção de provas de ofício, Eric Lorenzo PÉREZ SARMIENTO afirma que o sistema acusatório pressupõe a falta de iniciativa probatória: “O princípio acusatório em matéria de ‘ajuizamento’ penal se assemelha ao princípio dispositivo, próprio dos procedimentos em que se discutem interesses privados, precisamente no fato de que o juiz de conhecimento não pode ter iniciativa probatória. (...) Neste artigo, este código é coerente com o princípio da imparcialidade e da falta de iniciativa probatória que o sistema acusatório implica”.⁹²

⁸⁹ Nota do autor: Na terminologia jurídica anglo-saxônica, “plea” é a declaração do réu em face da acusação, em que ele, geralmente, se considera culpado (“guilty plea”) ou inocente (“not guilty plea”).

⁹⁰ HERRMANN, Joachim. **The german criminal justice system: the trial phase – appellate and review proceedings.** In: **The criminal justice system.** *Nouvelles études pénales*, v. 2. Toulouse: Érès, 1981, pp. 65-66. [Tradução livre de: “Today the term ‘inquisitorial’ means that the judge rather than the prosecution and the defense conducts the trial. The judge has a legal duty to carry out his own investigation of the case. Therefore, at the trial he has on his own motion to extend the scope of the evidence taken to cover all facts, witnesses, experts, and other means of proof that he considers relevant for his decision. Judicial search for the truth is the idea that governs the German trial. Since guilty pleas would interfere with this idea they are not admitted in German proceedings. At the trial the judge - or the presiding judge, if the case is heard by a bench of several judges - decides on his own motion which evidence will be taken and in which order this will be done. He calls and interrogates the witnesses and he introduces the other means of proof. The prosecution and the defense may also put questions to witnesses and produce their own evidence but they play much less important roles than the judge. The German trial may be seen as a judicial quasi-scientific search for the truth rather than a contest or dispute between the parties. In German legal terminology the prosecution and the defense are not even called parties (*Parteien*) but participants (*Verfahrensbeteiligte*).”]

⁹¹ “**Artículo 361.**– Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

⁹² PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. **Código de procedimiento penal.** Bogotá: Temis, 2006, pp. 475-476. [Tradução livre de: “El principio acusatorio en materia de enjuiciamiento penal se asemeja al principio dispositivo, propio de los procedimientos donde se discuten intereses privados, precisamente en el hecho de que el juez de conocimiento no puede tener iniciativa probatoria. (...) En

Além disso, a compreensão acerca do critério da *gestão da prova* é suficiente para refutar a conclusão, comum na doutrina brasileira, de que os sistemas contemporâneos são mistos. Embora não mais existam sistemas processuais inquisitórios ou acusatórios puros, não há que se falar em um *princípio* misto, o que descaracterizaria o sistema como tal (eis que se constrói sobre “um” único princípio unificador – ver conceito kantiano de sistema, *supra*).⁹³ Assim, como já se mencionou, nos sistemas ditos mistos, tem-se não mais do que somente um daqueles princípios unificadores, inquisitivo ou dispositivo — identificando se tratar, eminentemente, de um sistema inquisitório ou acusatório —, acrescido de elementos secundários do outro sistema, como o fato da existência de partes com funções distintas.

Por tudo, no que diz com o sistema processual penal brasileiro, pode-se concluir que se trata de um sistema eminentemente inquisitório, considerando que a *gestão da prova* se encontra confiada ao juiz. Em verdade, na estrutura processual penal brasileira, cabe ao juiz a produção probatória, em detrimento da contribuição das partes, que deve “*investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento*. (...) Dado o dever de investigação judicial autónoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ónus

este artículo, este código es consecuente con el principio de imparcialidad y de falta de iniciativa probatoria que el sistema acusatorio supone.”]

⁹³ COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. Cit.**, pp. 167-168. Apesar de alguns afirmarem que com o Código Napoleônico deu-se à luz um terceiro sistema, chamado misto ou reformado, observa-se que, em verdade, aquele sistema promoveu uma retomada da estrutura do *ancien régime*, essencialmente inquisitório. COUTINHO, discorrendo sobre a questão, afirma: “Ainda que se possa verificar novas fórmulas, não há um sistema processual novo, a não ser no aspecto formal. Para ser mais preciso, como já sustentei em minha tese defendida em Roma, da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver ‘não só porque a *contaminatio* é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero’ (...) Ademais, talvez fosse o caso de, singelamente, recordar que a ‘mistura’ há de ser vista com cautela em qualquer ramo do direito processual, a começar pelo direito processual civil, como anotou Liebman.” (COUTINHO, J. N. M. **O papel... Op. Cit.**, p. 39). Franco CORDERO, neste sentido, afirma que “tal é o preço exigido pela tentativa de uma conciliação impossível dos opostos: a idéia do processo a dois tempos — inquisitório o primeiro e acusatório o segundo — é incompatível com a razão, por quanto possa seduzir os pesquisadores do compromisso por vocação”. (**La riforma dell’istruzione penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milão, v. 3, 1963, jul.-set., p. 717) [Tradução livre: “*tale il prezzo richiesto dal tentativo di un’impossibile conciliazione degli opposti: l’idea del processo a due tempi — inquisitorio il primo e accusatorio il secondo — ripugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione*”].]

de afirmar, contradizer e impugnar; como, igualmente, que se não atribua qualquer eficácia à não apresentação de certos factos não contraditados; como, finalmente, que o tribunal não tenha de limitar a sua convicção por sobre os meios de prova apresentados pelos interessados”.⁹⁴

Esta conclusão é corroborada pelo Código de Processo Penal em várias passagens que definem e acentuam a natureza inquisitória do processo penal brasileiro, nos dois eixos fundamentais que derivam da gestão da prova, a iniciativa probatória e o controle da admissibilidade.

Desde logo, a iniciativa probatória do juiz vai determinada pelo artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; *mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar de ofício as diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*

Conclusão semelhante decorre, entre outros exemplos, da possibilidade de ouvir testemunhas não arroladas pelas partes (Art. 209, do Código de Processo Penal) e, o que é ainda mais marcante, deixar de sentenciar para produzir provas após as alegações finais das partes, como faculta o art. 502, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (*rectius*, para produzir provas contra o réu. Se não fosse assim, absolveria, por falta de provas, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal⁹⁵).

Já, agora, em relação ao absoluto controle sobre a admissibilidade das provas, note-se que o juiz pode deixar de realizar a prova pericial se considerar que não é necessária ao esclarecimento da verdade (art. 184, do Código de Processo Penal) e,

⁹⁴ DIAS, J. F. **Direito... Op. Cit.**, pp. 192-193.

⁹⁵ Sobre a presunção de inocência e ônus da prova no processo penal, com acerto discorre Aury LOPES JÚNIOR: “No processo penal, é como se o acusador iniciasse com uma imensa carga probatória, constituída não apenas pelo ônus de provar o alegado (autoria de um crime), mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência instituída pela Constituição. (...) À medida que o acusador vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, ele se libera da carga e, ao mesmo tempo, enfraquece a presunção (inicial) de inocência, até chegar ao ponto de máxima liberação da carga e conseqüente desconstrução da presunção de inocência com a sentença penal condenatória. *Caso isso não ocorra, a absolvição é um imperativo* (**Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 181, sem grifos no original).

também, como aponta João Gualberto Garcez RAMOS, importante marca inquisitória do processo penal brasileiro configura a adoção do *sistema presidencial* de inquirição de testemunhas⁹⁶ — art. 212, primeira parte, do CPC⁹⁷ —, pois “o conceder-se efetiva imediação apenas entre juiz e testemunha é estabelecer que somente o juiz está efetivamente autorizado a administrar, a gerir a prova testemunhal”.⁹⁸

Ao tratar do sistema da gestão da prova testemunhal, em referência ao revogado Código de Processo Penal italiano, bastante similar ao brasileiro, Franco CORDERO afirma: “Trabalho solitário: o instrutor elabora hipóteses e as cultiva, procurando provas; quando as encontra, adquire-as. O sistema exclui os diálogos: partes privadas e defensores ignoram os atos mais importantes (os testemunhos); admitidos em outro momento, atuam como espectadores.”⁹⁹

Na outra mão, todavia, o direito processual civil brasileiro vai essencialmente marcado por uma estrutura acusatória, em que o êxito do processo, por suas características em relação à gestão da prova, está condicionado pela disposição das partes,¹⁰⁰ embora agora se incline – equivocadamente – para a base inquisitorial.

Por conta disso, eis que as teorias do direito processual penal e do direito processual civil se estruturam segundo princípios unificadores distintos, em sistemas distintos, é conclusivo que não podem ser adequadamente tratadas a partir de um enfoque teórico único, como pretende a teoria geral do processo.

A despeito disso, é o que se insiste em fazer, por razões que nem sempre estão pautadas no discurso científico. CARNELUTTI criou a teoria geral do processo e a abandonou, por coerência; todos queriam fazer o mesmo, sobretudo por ética, mas

⁹⁶ A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal expõe: “**X** – (...). O sistema de inquirição de testemunhas é o chamado presidencial, isto é, ao juiz que preside à formação da culpa cabe privativamente fazer perguntas diretas à testemunha. As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, a cuja censura ficarão sujeitas.”

⁹⁷ Código de Processo Penal: “**Art. 212** – As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, que as formulará à testemunha.”

⁹⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996, pp. 210-211.

⁹⁹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1991, p. 567. [Tradução livre de: “*Lavoro solitario: l’istruttore elabora ipotesi e le coltiva, cercando prove; quando ne scovi, le acquisisce. Il sistema esclude i dialoghi: parti private e difensori ignorano gli atti più importanti (le testimonianze); altrove ammessi, fungono da spettatori.*”]

¹⁰⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999, p. 64.

são muitos os interesses que movem a luta do velho contra o novo.¹⁰¹ O problema é o que está aí; que se apresenta como realidade desgraçada de uma vida cada vez mais movida pela falta de solidariedade, em nome de “verdades” estratificadas que querem imutáveis. Pagam, por evidente, os mais fracos, como sempre.

1.5 Conclusões parciais

Nas páginas anteriores, procurou-se explicitar os pressupostos epistemológicos da presente pesquisa, com a pretensão de que sirvam como fundamento teórico para qualquer trabalho científico sobre o direito processual penal. Assim, como tais postulados condicionam a leitura dos capítulos seguintes, para facilitar a compreensão do leitor, recolhem-se as conclusões até o momento obtidas:

a) superados os postulados epistemológicos modernos do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica*, há que se considerar como ciência (para se poder ter um lugar-comum de compreensão) qualquer tentativa de construção de conhecimentos sobre um fato passível de inteligência humana. Pressupondo-se a dicotomia entre objeto real (realidade) e objeto de conhecimento, tais conhecimentos são permanentemente provisórios. O Direito deve ser compreendido como ciência neste sentido;

b) o objeto de conhecimento, mesmo na ciência do Direito, é determinado pelo *enfoque teórico* proposto para a pesquisa;

c) o objeto do direito processual penal, segundo o enfoque teórico proposto, diz com os *atos processuais*, ao passo que a delimitação do objeto do direito penal diz com a *conduta humana*, prevista como crime e da qual é consequência uma pena;

d) deve-se reconhecer a autonomia do direito processual penal em relação ao direito penal e ao direito processual civil, neste último caso, no sentido da negação a uma teoria geral (unitária) do processo, em face dos diferentes postulados.

Sem dúvida, a última destas conclusões tem importância imediata para a proposta

¹⁰¹ Este pensamento é de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, declinado no prefácio da obra: VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

de elaboração da ciência do processo penal a partir de uma episteme própria, que leve em conta suas próprias características e não procure, a martelo, impor a estrutura científica processual civil, que não é sua. A consequência de não o fazer é seguir sofrendo com a falta de enfoques teóricos autônomos, focados nos fenômenos processuais penais, situação que tanto prejudica o desenvolvimento científico da disciplina.

2 A AÇÃO COMO ELEMENTO DA TRILOGIA FUNDAMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: A URGENTE NECESSIDADE DE NOVOS ENFOQUES TEÓRICOS

2.1 Revelando uma lacuna no campo do conhecimento jurídico: a insuficiência das atuais abordagens teóricas sobre a ação no direito processual penal

Como exposto no capítulo anterior, a ciência processual penal padece da insuficiência de construções teóricas autônomas e focadas em seus próprios fenômenos. Em geral, mesmo nos dias de hoje, os institutos de direito processual penal são lidos a partir de seus equivalentes no processo civil.

Neste sentido, basta lembrar-se da mencionada adoção do conceito carneluttiano de lide e/ou suas derivações, operada pela doutrina tradicional, como núcleo da *teoria geral do processo*, que exige uma adequação teórica do processo penal ao civil, com todas as conseqüências negativas daí decorrentes.

Inclusive, por conta disso, no que diz com o tema em exame, os fatos não são diferentes: quando – ocasionalmente – ocupa-se de análises mais profundas sobre o conceito e a natureza jurídica do instituto, sem embargo de possíveis exceções, a doutrina brasileira se limita a buscar nas teorias da ação construídas para o processo civil¹⁰² uma explicação que, inexoravelmente, deixa certas indagações sem explicação. A utilização indiscriminada de conceitos processuais civis para explicar fenômenos processuais penais é hábito que atenta contra o desenvolvimento científico deste último – já se disse que, para estudar o direito processual penal, há que se partir de suas próprias categorias jurídicas.

Uma evidência da inadequação desta atitude epistemológica diz com a adoção

¹⁰² Extremamente relevante para o desenvolvimento do tema é a bastante conhecida exposição crítica das principais teorias sobre a ação processual feita por Hélio TORNAGHI no primeiro volume de sua principal obra, as “Instituições de Processo Penal” (TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. I, pp. 241-303). Note-se, porém, sem embargo de tal relevância, que o autor revisa as teorias pertinentes ao direito privado, na Europa, e não apresenta preocupação em questioná-las à luz da legislação processual penal brasileira.

reflexa (eis que se parte de um conceito processual civil de ação e se ignora as peculiaridades do processo penal) das condições da ação invocadas por Enrico Tullio LIEBMAN ao direito processual civil. O tema é nuclear no presente texto (ver capítulos 3 e 4), mas já se pode dizer que tal empréstimo “esvazia” o juízo de admissibilidade da acusação e, por conseqüência, traz resultados indesejados no dia-a-dia dos tribunais.¹⁰³

Convém não esquecer as palavras de Franco CORDERO ao dizer que se deve ocupar dos fenômenos processuais penais, não das teorias processuais civis, de modo que, “sendo distintos os dois processos, quanto ao objeto e aos mecanismos propulsivos, as teorias civilistas sobre a ação não são transportáveis à matéria penal, embora alguns as tomassem emprestadas”. E, ainda, “sabemos quanto atraso cultural pesava sobre nossa matéria; alguns de seus adeptos pescavam no repertório de seus primos evoluídos (os processualistas civis), às vezes com a mão rude: e, sendo muito diferentes os respectivos mecanismos normativos, estes empréstimos estimulavam discursos esterilmente rebuscados”.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Por tudo, o que se pretende é demonstrar que, atualmente, o direito processual penal carece de construções teóricas autônomas sobre a ação penal. E, assim, por estes mesmos argumentos, que se espera consolidar e clarificar no desenvolvimento da exposição, também é possível concluir que – de forma orientada por uma abordagem teórica dualista (oposta à teoria geral do processo) – é indispensável revisitar os conceitos vigentes de ação penal, bem como a discussão sobre sua natureza jurídica, em busca de conclusões mais precisas para o direito processual penal.

Esta tarefa, todavia, é demasiadamente grande para que se possa ter, aqui, a

¹⁰³ Este tema já teve um breve desenvolvimento em obra anterior: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

¹⁰⁴ No Brasil, por seu turno, o discurso processual penal hegemônico foi construído, quase que exclusivamente, com base em tais empréstimos, na esteira da escola paulista de processo e sua teoria geral.

¹⁰⁵ CORDERO, Franco. **Procedura... Op. Cit.**, 1991, pp. 375 e 377. [Tradução livre de: “*diversi essendo i due processi, quanto a oggetto e meccanismi propulsivi, le teorie civilistiche sull’azione non sono transponibili alla materia penale ma qualcuno le pigliava a prestito*”; “*sappiamo quale ritardo culturale pesasse sulla nostra materia; alcuni suoi adepti pescavano nel repertorio dei cugini evoluti (civilproceduristi), a mano talvolta rude: ed essendo molto diversi i rispettivi meccanismi normativi, quei prestiti stimolavano discorsi sterilmente contorti*”].

pretensão de esgotamento do tema e elaboração de novas teses, mas é um passo adiante e pode projetar um novo pensar.

Para o momento, terá de ser suficiente retomar os debates travados até o presente sobre a natureza jurídica do instituto, visando o estabelecimento de conclusões parciais sobre seu conceito, que instrumentará a discussão sobre o tema principal da pesquisa. Sempre, porém, com foco nos fenômenos processuais penais.

2.2 A justificação política da ação processual: a proibição da autotutela dos direitos é o fundamento da ação penal?

É afirmação corrente na manualística tradicional aquela que sustenta a proibição da autotutela dos direitos como fundamento político à ação penal. Isto é, ancorado nas mais tradicionais teorias sobre a formação do Estado, e com raízes contratualistas, o discurso sugere que a compulsoriedade das regras de conduta estabelecidas pelo poder soberano – em especial aquela que veda a autotutela dos direitos pelos cidadãos – impõe ao próprio Estado o dever de prestar tutela estatal àqueles que foram preteridos da livre realização de seus direitos.

De fato, a Constituição de 1988, no inciso XXXV, do artigo 5º, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, em relação ao direito privado, o direito de ação seria visto como um direito à jurisdição, fundado na proibição da autodefesa.¹⁰⁶

Previsivelmente, ante a atitude epistemológica da doutrina tradicional em relação ao processo penal, logo se procurou adequar o fundamento político da ação processual civil ao direito processual penal.

Neste sentido, José Frederico MARQUES ensina que “se a limitação da autodefesa criou o direito de ação para os indivíduos, também a limitação da auto-executoriedade de certos atos estatais fez nascer para o Estado o direito de agir, a fim

¹⁰⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos... Op. Cit.**, v. I, p. 308: “A supressão da autodefesa, epílogo de uma luta secular em que se resume a própria história do Estado a de civilização, levou as nações juridicamente organizadas à criação de tribunais e juízos, para tornarem efetiva a tutela dos interesses individuais contida nas leis e mandamentos do direito objetivo”.

de que possa impetrar de seus juízes a aplicação da norma legal”.¹⁰⁷ Assim, a limitação ao poder de punir determinada pelo princípio da indefectibilidade (ou necessidade) da jurisdição – *nulla poena sine judicio*¹⁰⁸ – seria o fundamento político da ação penal.¹⁰⁹

Todavia, aqui, é preciso não confundir a ação com o processo, eis que não são expressões sinônimas.¹¹⁰ A ação é uma entidade de direito processual que se serve à provocação da atuação jurisdicional do Estado e encontra fundamento no princípio da inércia da jurisdição.¹¹¹ O processo penal, por sua vez, vai entendido como um conjunto de atos dirigido ao fim de resolver um caso penal.¹¹² Sendo assim, o princípio da indefectibilidade da jurisdição (*nulla poena sine judicio*) vai contemplado pela existência do processo, mesmo quando não houver ação.

A este respeito, note-se que, nas estruturas inquisitórias originais, o Estado-juiz instaurava de ofício o processo penal (fato que, no Brasil, observa-se desde a legislação colonial e estava presente no atual Código de Processo Penal, como se conclui de seu art. 531 – com plena vigência até a Constituição de 1988 –, que possibilitava a instauração oficiosa do processo penal para apurar a responsabilidade criminal do autor de uma contravenção penal¹¹³). Este fato, que já representou uma das mais marcantes características do sistema inquisitório brasileiro, é absolutamente incompatível com a noção contemporânea de ação. Isto porque, aqui, o Estado-jurisdição age sem a provocação de uma terceira parte, ou seja, sem ação.

A despeito disso, a imposição de uma limitação à aplicação da sanção penal, vinculando-a ao pronunciamento judicial decorrente do devido processo penal, permanece a mesma. De fato, esta imposição, inerente ao sistema penal, pode ser atendida, em tese, mesmo que não haja provocação da atuação jurisdicional por uma

¹⁰⁷ *Id. Ibid.*, p. 310.

¹⁰⁸ “Não há pena sem processo”.

¹⁰⁹ MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. Cit.*, v. I, pp. 308-310.

¹¹⁰ Assim, igualmente, não se pode confundir o fundamento político da ação penal com o do próprio direito processual penal – do qual ela é apenas um elemento fundamental.

¹¹¹ Ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que a inércia da jurisdição é uma das características importadas do sistema acusatório que busca favorecer ao órgão jurisdicional sua imparcialidade e equidistância das partes (**Introdução...** *Op. Cit.*, p. 121).

¹¹² *Id. Ibid.*, p. 128.

¹¹³ E dos crimes aos quais se aplicava o procedimento sumário, como os crimes contra a economia popular (art. 10, da Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

parte acusadora diversa do juiz (como ocorria no modelo processual inquisitório puro).

Por conta disso, a opção política pela separação das funções de acusar e julgar – e, portanto, pela existência de uma ação penal – encontra guarida, não no art. 5º, XXXV, da Constituição, mas na fundada constatação de que há prejuízos à imparcialidade do juiz que julga processo cuja existência é fruto de sua própria iniciativa (se, desde logo, ele acredita que o processo deve ser iniciado, há enormes chances de que já tenha formulado um juízo sobre o mérito do caso jurídico).¹¹⁴

Assim, desde já se apontando uma diferença insuperável em relação à ação no processo civil – e, portanto, ao próprio direito processual civil –, há que se concluir que o fundamento político da ação penal, que só existe após a separação das funções de acusar e julgar, reside na criação de uma situação concreta que favoreça o julgamento imparcial do caso penal.¹¹⁵

2.3 Sobre o desenvolvimento histórico contemporâneo do conhecimento sobre a ação: uma reconstituição a partir de sua origem no direito processual civil

Sabe-se, a esta altura, que o atual nível de desenvolvimento do conhecimento sobre a ação penal sofreu – e sofre – as influências da teoria unitária do processo, que condiciona sua leitura às construções processuais civis do instituto e, assim, desestimula a busca por explicações próprias e focadas no direito processual penal.

¹¹⁴ Neste sentido, Franco CORDERO afirma que “a ação é um poder da parte. O automatismo inquisitório, com efeito, a ignora; o aparato trabalha oficiosamente; o mesmo órgão investiga sobre possíveis delitos, recolhe notícias, adquire provas, julga. Este modelo concentra os poderes em uma mão e desenvolve falsas perspectivas, abolindo as distâncias necessárias a um julgamento equânime” (*Procedura... Op. Cit.*, 1991, p. 377). [Tradução livre de: “*l’azione è un potere della parte. L’automatismo inquisitorio, infatti, la ignora: l’apparato lavora ex officio; lo stesso organo investiga su possibili reati, raccoglie notizie, acquisisce prove, giudica. Questo modello concentra i poteri in una mano e sviluppa false prospettive, abolendo le distanze necessarie al giudizio equanime*”].

¹¹⁵ O discurso da possibilidade da neutralidade do juiz – e, por via de consequência, de sua imparcialidade – já ruiu ante as epistemologias contemporâneas que demonstraram quão infundado é o dogma da neutralidade do sujeito de conhecimento (ver tópico 1.1). O juiz, no processo, é sujeito de conhecimento e, como tal, jamais é neutro. Apesar disso, a imparcialidade pode ser concebida como “uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição”, em relação à qual há certos mecanismos legais favoráveis (COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, p. 117) Exemplos de tais mecanismos são o princípio da inércia da jurisdição, a independência do poder judiciário e as prerrogativas e vedações constitucionais dos juízes (art. 95, da CR/88).

Não se pretende, aqui, cometer tal erro. Aliás, um dos principais fundamentos epistemológicos da presente pesquisa é a busca por explicações autônomas para os fenômenos processuais penais.

A despeito disso, para que se tenha uma compreensão mais ampla acerca da atual situação do conhecimento sobre a ação no processo civil, e sobre sua indevida importação para processo penal, faz-se mister enfrentar o problema da evolução do conceito e da natureza jurídica do direito de ação na seara do direito privado. Por esta razão, as páginas seguintes estarão dedicadas ao resgate do debate histórico sobre a ação processual civil.

Posteriormente, tais noções serão submetidas à crítica fundada na valorização das categorias processuais penais e suas características próprias. Isto, diga-se desde logo, não exclui, porém, a possibilidade da adoção crítica de certos desenvolvimentos teóricos processuais civis, desde que não sejam incompatíveis com o fenômeno jurídico processual penal.¹¹⁶

Em verdade, ante a atual ausência de uma construção teórica autônoma e suficiente sobre a ação penal, no presente trabalho adotar-se-á concepção de ação penal fundada em conclusões parciais decorrentes da submissão das atuais noções privatísticas de ação penal à crítica orientada pelos fundamentos epistemológicos acima expostos, especialmente em relação à impossibilidade de uma teoria geral do processo. O ponto de partida, portanto, sempre será o processo penal.

Assim, esclarecidos os motivos da incursão que se fará ao conhecimento processual civil sobre ação, primeiramente, há que se esclarecer que, mesmo lá, os desenvolvimentos teóricos sobre a natureza jurídica e o conceito de ação estão longe de resultados definitivos, ainda que o debate doutrinário sobre ela já tenha superado

¹¹⁶ Vale lembrar, como diz COUTINHO, que “a mudança de postura, em relação ao conteúdo do processo, imporá ao nosso direito processual penal a obrigação de um repensamento geral. Isso não significa desistir do já produzido, ao contrário, devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível” (COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 145).

um século e meio de discussões.¹¹⁷

2.3.1 A teoria imanentista, ou civilista, da ação

Até a metade do século XIX, a concepção que se tinha sobre a ação estava submetida ao direito civil, como consequência do fato de ainda não se haver reconhecido a autonomia do direito processual civil.

A maior expressão desta compreensão acerca do direito de ação, que tem, por outro lado, o inegável mérito de ser uma das primeiras abordagens científicas sobre o tema (em oposição ao *praxismo* então dominante) é a obra de Friedrich Carl von SAVIGNY. Inserido no contexto pandectista alemão do século XIX, o trabalho parte de um ponto de vista histórico sobre a famosa fórmula de CELSO, “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*”,¹¹⁸ para concluir que a ação era uma metamorfose do próprio direito material, decorrente de sua violação.¹¹⁹

Com efeito, na concepção de SAVIGNY, presente no volume quinto de seu “*System des heutigen römischen Rechts*” (“Sistema do direito romano atual”, publicado em nove volumes entre 1840 e 1849), o direito de ação é “o aspecto particular, que cada direito assume em consequência de uma lesão”.¹²⁰ Ou seja, o direito de ação é o direito à tutela jurisdicional que nasce da lesão de um direito, mas no sentido de ser uma transformação do próprio direito lesionado.¹²¹

¹¹⁷ Para um panorama contemporâneo sobre o tema, essencialmente crítico em relação às teorias tradicionais da ação, no direito processual civil, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, pp. 174 e ss.

¹¹⁸ A fórmula é do jurisconsulto e cônsul romano CELSO (Publius Iuventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus), do século II da Era Cristã, publicada no **Digestorum D. Iustiniani**, do Imperador Justiniano, no livro XLIV, título VII, fragmento 51. A versão citada é a indicada em latim no livro: GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. **Cuerpo del derecho civil romano**. v. 3. Barcelona: Jaime Molinas, 1897. [Tradução livre: “A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.”].

¹¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. v. 5. Turim: Utet, 1893, § 205, pp. 3-4.

¹²⁰ SAVIGNY, F. C. **Sistema... Op. Cit.** p. 4. [Tradução livre de: “*l’aspetto particolare, che ogni diritto assume in conseguenza di una lesione...*”].

¹²¹ SAVIGNY, F. C. **Sistema... Op. Cit.**, p. 3: “Alguns têm pretendido considerar as ações como uma classe especial de direitos, postos no mesmo patamar dos direitos de família, propriedade, etc., e aqui deve ser lembrada a refutação, já feita anteriormente (§ 59), desta opinião. Estes direitos, ao contrário, competem somente ao processo de evolução, ou seja, à metamorfose, que pode ocorrer em cada direito

Esta noção de ação angariou muitos adeptos na Alemanha de SAVIGNY (e fora dela), tornando-se hegemônica até que abordagens teóricas posteriores viessem a colocá-la em cheque. Entre os adeptos, cita-se MATTIROLO¹²² e DEMOLOMBE, que chegou a dizer que, quando a lei falava de *direitos e ações*, incorria em pleonismo.¹²³

Muitos, também, foram os adeptos brasileiros da teoria imanentista, podendo-se citar nomes como CLÓVIS BEVILÁQUA¹²⁴, CÂMARA LEAL¹²⁵ e JOÃO MONTEIRO¹²⁶.

Inclusive, por sua autoria em Clóvis BEVILÁQUA, o Código Civil Brasileiro de 1916 adotou, como disposição de lei, a teoria imanentista da ação. Conclusão que

por si próprio, e estão, portanto, na própria linha do nascimento e da extinção dos direitos, que somente devem ser concebidos como momentos no processo da vida dos direitos, e não como direitos em si. As modificações dos direitos, que serão agora examinadas, dividem-se em duas classes. Alguns deles nascem simplesmente da própria lesão: a estes se refere o problema das ações.” [Tradução livre de: “*Alcuni hanno voluto considerare le azioni come una classe speciale di diritti, posti sulla stessa linea dei diritti di famiglia, della proprietà, ecc., e deve qui ricordarsi la confutazione già fatta più sopra (§ 59) di quest’opinione. Questi diritti spettano piuttosto soltanto al processo di evoluzione ossia alla metamorfosi, che può avvenire in ogni diritto per sè stante, e stanno perciò sulla linea stessa della nascita e dell’estinzione dei diritti, che pure debbono concepirsi soltanto come momenti nel processo della vita dei diritti, non come diritti di per sè. Le modificazioni dei diritti, che debbono ora esaminarsi, si dividono in due classi. Alcune di esse nascono dal semplice fatto della lesione stessa: a queste si riferisce la teorica delle azioni.*”]

¹²² “O direito de agir em juízo para obter o reconhecimento de um direito violado ou negado constitui a ação judicial, a qual, portanto, configura um direito elevado à *segunda potência*, isto é, a qualidade, própria do direito, de poder invocar em sua tutela as garantias judiciárias: *jus persequendi in judicio quod nobis debeatur aut quod nostrum est*. É manifesto, assim, que a cada direito, reconhecido pela lei positiva, corresponde a ação judicial, a menos que esta haja sido expressamente negada pelo legislador, e substituída por qualquer outra garantia.” (MATTIROLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano**. 5ª ed. Turim: Fratelli Bocca, 1902, v. I, p. 21). [Tradução livre de: “*Il diritto di agire in giudizio per ottenere la ricognizione di un diritto violato o disconosciuto costituisce l’azione giudiziaria, la quale quindi rappresenta un diritto alla ‘seconda potenza’, cioè la qualità, propria del diritto, di potere invocare in sua tutela le garanzie giudiziarie: ‘Jus persequendi in judicio quod nobis debeatur aut quod nostrum est’. Onde si fa manifesto che ad ogni diritto, riconosciuto dalla legge positiva, corrisponde l’azione giudiziaria, a meno che questa sia stata espressamente dal legislatore negata, e sostituita da qualche altra garanzia.*”]

¹²³ Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo: B de F, 2005, p. 52.

¹²⁴ “A ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva.” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, v. I, pp. 254-255).

¹²⁵ “Acção é o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *jus persequendi in judicio quod sibi debeatur*.” (CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. **Manual elementar de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1930, v. I, p. 183).

¹²⁶ “O direito de acção é a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social.” (MONTEIRO, João. **Direito das acções**. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905, p. 25).

se depreende da leitura de seu artigo 75.¹²⁷

Embora os conceitos apresentados sejam ligeiramente diversos, guardam em comum a conclusão, que encerra a noção de imanência, de que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.¹²⁸

De fato, segundo a lição de Giuseppe CHIOVENDA, que também já resume a crítica à teoria civilista,

sobre a célebre definição romana ‘*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*’ a doutrina teria proposições aparentemente diversas, mas todas incluindo um conceito de ação que poderia ser considerado misto ou impuro. Alguns configuravam-na como o poder, imanente ao direito, de reagir contra a violação, ou como o direito mesmo em sua tendência à atuação; alguns como um direito novo e por si mesmo, nascido com a violação do direito e tendo por conteúdo a obrigação do adversário de fazer cessar a violação; mistos ou impuros estes conceitos, já que se à ação se lhe dá por conteúdo uma obrigação qualquer do sujeito passivo do direito, se cai facilmente em uma duplicação inútil do conceito mesmo de direito.¹²⁹

É fato que a teoria civilista não obteve sucesso em demonstrar e explicar a natureza da ação processual, o que só se faria possível após o reconhecimento de sua autonomia em relação ao direito material.

Esta conclusão é bastante evidente à obra de Adolf WACH – que escreveu após a polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER e já estava imbuído da concepção de autonomia do direito de ação – ao negar a teoria imanentista pela afirmação de que existem direitos de ação que não estão fundados em direitos materiais privados, como a *ação declaratória negativa*: “a tese da imanência do direito de ação no direito subjetivo é de todo impossível e inconcebível quando existem direitos de ação independentemente dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por

¹²⁷ Código Civil de 1916: “**Art. 75.** A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

¹²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

¹²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, pp. 5-6. [Tradução livre de: “sobre la célebre definición romana ‘*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*’ la doctrina tejía proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos la configuraban como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por sí mismo, nacido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo del derecho”].

aqueles. Sua existência, hoje em dia, já não pode ser negada por ninguém, em vista da ação de declaração negativa”.¹³⁰

À evidência, pois, não há que se falar em relação de imanência. Pelo contrário, eis que há situações nas quais o direito de ação não é um mero aspecto do direito material, a conclusão evidente é a de que entre eles há uma relação de autonomia. Aqui, importa lembrar que o reconhecimento desta autonomia é pressuposto fundamental para o desenvolvimento da ciência do direito processual.

Embora, hoje em dia, tais conclusões sejam normalmente aceitas, é digno de lembrança que o reconhecimento da autonomia do direito de ação teve seu primeiro passo decisivo na polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER.

2.3.2 A polêmica entre Windscheid e Muther

A “autonomia” do direito processual em relação ao direito material pode-se dizer (re)descoberta em momento precisamente identificado na cronologia do Direito. Trata-se da célebre polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER, que, embora não tivesse, imediatamente, tal preocupação, terminou por possibilitar o reconhecimento da autonomia da ação processual. Por isso, a “polêmica” tem o condão de ser considerada como o primeiro passo em uma direção diversa à da teoria imanentista.

De fato, Bernhard WINDSCHEID, no ano de 1856, escreve o seu “*Die Actio des römischen Civilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts*” (“A Actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”), no qual sustenta que a concepção de *actio* em Roma não correspondia, em verdade, àquela moderna concepção de ação (*Klage*), mas, antes, à moderna noção de *pretensão jurídica* (*Anspruch*). Ou seja, a *actio romana* não equivaleria ao conceito moderno de ação como *Klagerecht* (direito de queixa) dirigido ao Estado: “Assim como a *actio* não é um direito à tutela de outro direito, nascido da lesão deste, tampouco é a faculdade de requerer a tutela para o

¹³⁰ WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 51. [Tradução livre de: “La tesis de la inmanencia del derecho de acción en el derecho subjetivo privado, es del todo imposible e inconcebible, cuando existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos por aquéllos. Su existencia, hoy en día, ya no puede ser negada por nadie, en vista la acción de declaración negativa.”]

direito em caso de lesão. A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial”.¹³¹

WINDSCHEID argumentou que o juiz romano, muitas vezes, desviava-se do *jus civile* ao conceder a tutela jurisdicional ao autor, não se podendo dizer, portanto, que a *actio* romana emanava do direito: “Para os romanos, então, o importante não era o que dizia o direito, mas o que dizia o tribunal. Aquele cuja pretensão era discutida não perguntava se ela teria respaldo no direito, mas se o magistrado a cargo do tribunal estaria inclinado a lhe permitir a persecução judicial, a lhe conceder uma *actio* para fazer valer esta pretensão”, assim, “a *actio* está no lugar do direito; não é uma emanção deste. Pode-se ter uma *actio* sem ter um direito e, por sua vez, ainda que tendo um direito, pode-se carecer dela”.¹³²

Sinteticamente, “*actio* é, então, o termo para designar o que se pode exigir de outrem; para caracterizar isto de forma breve, podemos dizer precisamente que *actio* é o vocábulo para designar a pretensão”.¹³³

Assim, à indagação sobre a equivalência da *actio* e da *Klage*, WINDSCHEID principia por dizer que não, apontando que – seja no período das *legis actiones* ou no do procedimento *per formulas* – a expressão *actio* comportava significação diversa daquela inerente ao conceito moderno de ação, expresso pelo vocábulo *Klage*. De fato, como narra o autor, no procedimento formulário (contemporâneo a CELSO e seu conceito de *actio* que serviu de inspiração à teoria savignyana) havia situações em que o pretor concedia a fórmula (*actio*) ao autor sem um respectivo *jus* no corpo do direito

¹³¹ WINDSCHEID, Bernhard. **La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.** In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 7. [Tradução livre de: “Así como la *actio* no es el derecho a la tutela de otro derecho, nacido de la lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La *actio* es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial.”]

¹³² Id. Ibid., pp. 9-10. [Tradução livre de: “Para los romanos, pues, lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que decía el tribunal. Aquel cuya pretensión era discutida no preguntaba si ella tenía respaldo en el derecho, sino si el magistrado a cargo del tribunal estaría inclinado a permitirle la persecución judicial, a concederle una *actio* para hacer valer esa pretensión. (...) la *actio* está en lugar del derecho; no es una emanación de éste. Puede tenerse una *actio* sin tener un derecho, y a su vez, aun teniendo un derecho, puede carecerse de ella.”]

¹³³ Id. Ibid., pp. 11-12. [Tradução livre de: “*Actio* es pues el término para designar lo que se puede exigir de otro; para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que *actio* es el vocablo para designar la pretensión.”]

civil, de modo que, diferentemente da ação moderna, a *actio* não poderia ser considerada como uma transformação do direito material lesado. Neste momento, sugere WINDSCHEID que a *actio* equivale à *Anspruch* (pretensão) do direito moderno, no sentido de uma imposição da própria vontade pela perseguição judicial.¹³⁴ Ainda tratando do direito romano, o autor sustenta, como consequência de seus argumentos, que a *actio* romana tinha existência autônoma. Esta seria a diferença em relação à concepção moderna de ação, que, à época, ainda era a de SAVIGNY.

Nada obstante, se aquele foi o primeiro, o segundo passo foi dado por Theodor MUTHER que, embora contrapondo-se à idéia de *actio* como equivalente romano da pretensão e reafirmando a tese de que a *actio* é algo que segue o direito,¹³⁵ terminou por contribuir decisivamente para as consequências que teve a “polêmica” em relação ao direito processual moderno.

Em sua obra “*Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen — Eine Kritik des windscheid'schen Buches*” (“Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações — Crítica ao livro de Windscheid”), de 1857, MUTHER, a despeito de sustentar uma vinculação com o direito material, concebe o direito de ação como algo distinto do direito material: “Temos, pois, dois direitos distintos, dos quais um é pressuposto do outro, mas que pertencem a campos distintos, já que o primeiro é um direito privado e o outro de

¹³⁴ WINDSCHEID, Bernhard. La “actio”... *Op. Cit.*, p. 7 (tradução livre): “A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial”.

¹³⁵ MUTHER, Theodor. *Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesion singular en las obligaciones: crítica del libro de Windscheid* “La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T. *Polémica... Op. Cit.*, p. 241: “Vimos que o ordenamento jurídico romano não era o ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis, mas o ordenamento dos direitos, e que somente estes (em seu sentido subjetivo) eram susceptíveis de persecução judicial. Por consequência, quem tivesse direito a que se lhe conferisse a fórmula devia ter também um direito subjetivo, que o pressuposto e fundamento do primeiro.” [Tradução livre de: “Vimos que el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles, sino el ordenamiento de los derechos, y que solamente éstos (en su sentido subjetivo) eran susceptibles de persecución judicial. Por consiguiente, quien tenía derecho a que se le confiriera la fórmula debía tener también un derecho subjetivo, que era presupuesto y fundamento del primero”].

natureza pública”.¹³⁶

De fato, MUTHER rebate as afirmações de WINDSCHEID e procura afirmar a equivalência dos conceitos da *actio* romana e da ação moderna ao sustentar que a *actio* romana sempre decorria de um direito, mesmo quando o pretor concedia a fórmula sem fundamento no *jus civile*. Isto porque à omissão deste, o pretor criava o direito aplicável ao caso concreto (*jus praetorium*), ao qual se conferia a mesma natureza de direito subjetivo inerente ao *jus civile*. Deste, modo, mesmo no direito romano, à *actio* precedia um direito subjetivo material.¹³⁷

Para os efeitos deste trabalho, pouco importa quem tinha razão em relação à verdadeira natureza da *actio* no direito romano. Todavia, é muito relevante que MUTHER, no capítulo intitulado “O direito de acionar em nossos dias”, acaba por contribuir decisivamente para o reconhecimento da autonomia da ação processual quando sustenta, em oposição à SAVIGNY, que o direito de ação não é uma metamorfose do direito material (que permanece com a mesma natureza após seu exercício em forma de ação), mas é diverso dele. Enquanto o direito subjetivo material é dirigido ao particular e tem natureza privada, o direito de ação é público e dirigido ao Estado:

Chegamos à conclusão de que o conceito romano de direito de acionar deve ser entendido de maneira distinta do que acontece habitualmente. Mas ao mesmo tempo resulta óbvio que este conceito, em sua acepção romana, tem ainda realidade no direito atual. Também em nosso meio, quem foi lesionado em seu direito tem direito à assistência estatal (direito de acionar), e, como entre os romanos, os pressupostos desse direito são outro direito e a lesão deste último. (...) Se adverte que o direito e o direito de acionar não são, hoje em dia, idênticos, se pensamos que há um obrigado no direito e outro obrigado distinto no direito de acionar, e também porque, todavia, hoje podem existir pretensões sem direitos de acionar, a menos que se queira negar a possibilidade das *naturales obligationes*.¹³⁸

¹³⁶ *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*Tenemos pues dos derechos distintos, de los cuales el uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a campos distintos, ya que el uno es un derecho privado, y el otro de naturaleza pública.*”]

¹³⁷ *Id. Ibid.*, p. 224.

¹³⁸ MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina...** *Op. Cit.*, p. 248. [Tradução livre de: “*Hemos llegado a la conclusión de que el concepto romano de derecho de accionar debe entenderse de manera algo distinta de lo que sucede habitualmente. Pero al mismo tiempo resulta obvio que ese concepto, en su acepción romana, tiene aún realidad en el derecho actual. También en nuestro medio, quien ha sido lesionado en su derecho tiene derecho a la asistencia estatal (derecho de accionar), e, igual que para los romanos, los presupuestos de ese derecho son otro derecho y la lesión de este último. (...) Se advierte que el derecho y el derecho de accionar no son hoy en día idénticos, si pensamos que hay un obligado en el derecho y otro obligado distinto en el derecho de accionar, y también porque todavía*”]

No mesmo ano, WINDSCHEID oferece resposta às críticas de MUTHER, no “*Die Actio — Abwehr gegen Dr. Th. Muther*” (“A Actio — Réplica ao Dr. Th. Muther”). Embora esta tréplica não seja muito relevante para as discussões suscitadas pela “polêmica” entre os processualistas, em síntese, o autor sustenta que MUTHER havia distorcido suas afirmações e indica claramente que suas observações limitavam-se ao direito material, não lhe importando o direito processual: “Do que antecede se conclui que não nego de maneira alguma o direito de acionar que tem o autor: Se não me referi a ele em meu trabalho, isto se deve a dois motivos: 1) este direito pertence ao campo do processo, e não do direito civil; 2) ao combater a incorreta definição da essência da *actio*, só me referi à concepção que vê no direito de acionar um direito privado”.¹³⁹

Muito embora os juristas envolvidos na “polêmica” não estivessem propriamente interessados no direito processual moderno, bem como os argumentos aqui apresentados não tenham sido os únicos de seus autores, suas obras serviram de trampolim para o reconhecimento de um direito de ação autônomo em relação ao direito material, que, depois delas, seria sustentado por vários juristas,¹⁴⁰ trazendo-se à luz um novo ramo do conhecimento jurídico: o direito processual. Em consequência, atualmente, é reconhecida a diversidade dos objetos de conhecimento do direito material e do direito processual civil.

Neste sentido, o efeito das obras de WINDSCHEID e MUTHER no campo do

hoy puede haber pretensiones sin derechos de accionar, a menos que se quiera negar la posibilidad de las naturales obligaciones.”]

¹³⁹ WINDSCHEID, B. **La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther.** In: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T. **Polémica... Op. Cit.**, p. 323. [Tradução livre de: “De lo que antecede se desprende que yo no niego de ninguna manera el concepto de derecho de accionar que tiene el autor. Si no me he referido a él en mi trabajo, ello se debe a dos motivos: 1) ese derecho pertenece al campo del proceso, y no al del derecho civil; 2) al combatir la incorrecta definición de la esencia de la actio, sólo toqué la concepción que ve en el derecho de accionar un derecho privado.”]

¹⁴⁰ Desde logo, em 1868, Oskar von BÜLOW, com sua obra “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*” (“A teoria das exceções e pressupostos processuais”), e, depois, os “fundadores” da chamada teoria *abstrata* da ação, Alexander PLÓSZ (“*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*”, “Contribuições à teoria do direito de queixa”, com publicação húngara em 1876 e alemã em 1880) e Hans Heinrich DEGENKOLB (“*Einlassungszwang und Urteilsnorm*”, “Obrigatoriedade de resposta e norma judicial”, de 1877), além de Adolf WACH, idealizador da teoria *concreta* da ação, em 1885, com seu “*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*” (“Manual de processo civil alemão”).

direito processual foi bem descrito pelo doutrinador uruguaio Eduardo COUTURE, ao afirmar que “para a ciência do processo, a separação do direito e da ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo. Mais que um novo conceito jurídico, constituiu a autonomia de todo este ramo do direito. Foi a partir deste momento que o direito processual adquiriu personalidade e se desprende do velho tronco do direito civil”.¹⁴¹⁻¹⁴²

2.3.3 A teoria abstrata da ação

Reconhecida a autonomia do direito de ação – e, por via de consequência, do próprio direito processual –, surgiu, por um lado, a necessidade de enfrentar novos problemas em relação ao conhecimento sobre o processo e, por outro, bastante espaço para novas abordagens teóricas sobre o direito processual.

¹⁴¹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos...** *Op. Cit.*, p. 52. [Tradução livre de: “*para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.*”]

¹⁴² Convém mencionar, como lembra Alfredo BUZAID, que Francisco de PAULA BATISTA, professor na Faculdade de Direito de Pernambuco entre os anos de 1835 e 1881, formulou conceito de ação – mais de vinte anos antes dos autores europeus – fundado na noção de autonomia entre os conceitos de direito material e ação. BUZAID sintetiza o alcance de seu pensamento sobre o tema (publicado em 1855), indicando que o autor: “a) definiu a ação como um direito, autônomo do direito subjetivo, o que representa notável progresso para seu tempo, em que ainda se discutiam as idéias de VINNIUS e HEINECIUS sobre se a ação era um meio ou um direito; b) considerou o regime judiciário como uma instituição, idéia essa que se vai encontrar em WACH, em seu célebre artigo *Der rechtsschutzanspruch*, publicado em 1904, e retomada modernamente por uma parte da doutrina européia e americana; c) colocou o processo civil no campo do direito público; d) fixou que a ação tem a sua direção voltada contra o Estado, não contra o réu; e) finalmente, mostrou que a ação é o direito à obtenção de uma sentença de mérito (*obter justiça*) não de uma sentença favorável” (**Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 58-61). De fato, PAULA BATISTA afirma que “acção (do verbo ‘agere, obrar’) é o direito de invocar a autoridade publica (*juiz*) e de obrar perante regularmente perante ella para obter justiça. As palavras ‘autoridade publica’ alludem as leis de organização judiciaria: as palavras ‘obrar regularmente’ alludem as leis do processo, ou das formas; e todas estas leis compõem o regime judiciario, cuja instituição é de direito publico, e a noção da palavra ‘acção’ o dá como já existindo. (...). *Corollarios*. Do exposto segue-se: 1º que as acções são direitos em garantia de outros direitos preexistentes; e, por tanto; 2º que a cada direito deve corresponder uma acção: 3º finalmente que o exercício d’ellas é tão livre, como o dos direitos de que nascem” (**Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica juridica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898, pp. 10-11, respeitada a grafia original).

Uma das primeiras experiências neste sentido foi a de Oskar von BÜLOW, que publica, em 1868, seu *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (“A teoria das exceções processuais e dos pressupostos do processo”), em que sustenta, a partir do famoso conceito de BULGARO, “*iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”,¹⁴³ a tese de que a natureza jurídica do processo é a de uma relação jurídica pública (de direito público): “Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e eis que, também, as partes são levadas em conta apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda a evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública”.¹⁴⁴

Pouco tempo depois de BÜLOW, com preocupação específica em relação à ação processual, os autores Alexander PLÓSZ e Heinrich DEGENKOLB, quase simultaneamente e independentemente, concebem-na como direito autônomo (em relação ao direito material) e abstrato, isto é, desvinculado de qualquer outro direito subjetivo anterior.

DEGENKOLB publicou, em 1877, na Alemanha, a obra *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (“Obrigatoriedade de resposta e norma judicial”)¹⁴⁵ e Alexander PLÓSZ trouxe à luz, também na Alemanha, em 1880, o livro *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (“Contribuições à teoria do direito de queixa”), obras que podem ser

¹⁴³ Jurista italiano, do século XII, nascido em Bolonha. [Tradução livre: “O processo é atividade de três pessoas: juiz, autor e réu”.]

¹⁴⁴ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 1-2 [Tradução livre de: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.”]

¹⁴⁵ Segundo Hélio TORNAGHI, a tradução do título desta obra é “Ingresso forçado [em juízo] e norma judicial”. Neste sentido, esclarece que “*Einlassungszwang* é a obrigação do réu de participar do processo para que haja contraditório”, e “*Urteilsnorm* é a norma contida na sentença — *Urteil*” (*Instituições... Op. Cit.*, 1977, v. I, p. 272).

consideradas os atos inaugurais do desenvolvimento científico do conhecimento sobre a ação processual autônoma.¹⁴⁶

Como se disse, o postulado básico da teoria abstrata da ação diz que se trata de um direito que cabe a qualquer pessoa, em qualquer circunstância, e que não está referido a qualquer pressuposto de direito material.¹⁴⁷ Por este motivo, PLÓSZ cunhou a expressão *direito abstrato*.¹⁴⁸ Aqui reside a autonomia do direito de ação, eis que, para aqueles autores, o direito de ação não é a transformação de um direito subjetivo material ou um direito que nasce da violação a outro direito e que, por isso, está a ele vinculado.

Hélio TORNAGHI, em síntese sobre as teorias em exame, afirma que “nisto se opõem a Windscheid. Concordam com Bülow em que o processo existe por si e sem dependência do direito chamado substantivo. Mas entendem que a ação é a razão de ser do processo. Pouco importa que o autor tenha ou não razão. O processo existirá em ambos os casos. O que cumpre é que ele tenha ação, que tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide (daí o nome do livro de Degenkolb).”¹⁴⁹

Apesar da noção de abstração, DEGENKOLB esclarece que o direito de ação compete apenas àqueles cuja demanda é juridicamente relevante (“*rechtlich erheblichen Klagbehauptung*”)¹⁵⁰ e que preenchem um requisito de ordem subjetiva, a

¹⁴⁶ É digno de nota que, diferentemente do que afirmou Adolf WACH, no ano de 1885 (**Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 46), a obra de PLÓSZ é anterior à de DEGENKOLB, ainda que as idéias presentes nas duas obras tenham sido fruto de desenvolvimento independente. No prefácio da edição alemã de seu livro, PLÓSZ põe-se a esclarecer tal fato indicando que seu trabalho havia sido publicado, em língua húngara, no ano de 1876, ou seja, um ano antes de DEGENKOLB dar à luz seu livro (PLÓSZ, Alexander. **Beiträge zur theorie des klagerechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1880, pp. V-VI). Sobre este fato, CHIOVENDA explica que o desenvolvimento simultâneo e independente de idéias tão semelhantes decorre da influência de teorias precedentes, especialmente de MUTHER e BEKKER, sobre os autores (**La acción... Op. Cit.**, p. 100).

¹⁴⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 41.

¹⁴⁸ PLÓSZ (**Beiträge... Op. Cit.**, p. 40) explica que pode haver ação sem necessariamente haver direito material e, eis que o direito de agir tem existência independentemente de um direito material, pode ele ser chamado de direito abstrato de ação. (“*Habe ich ein processuales Klagerecht, so habe ich noch nicht notwendigerweise ein privatrechtliches Klagerecht. Indem das processuale Klagerecht von der realen Existenz des Titels abstrahiert, könnte man es auch ein abstractes Klagerecht nennen und in diesem Sinne sodann das privatrechtliche ein concretes Klagerecht.*”)

¹⁴⁹ TORNAGHI, H. B. **Instituições... Op. Cit.**, 1977, v. I, p. 272

¹⁵⁰ DEGENKOLB, Heinrich. **Einlassungszwang und urteilsnorm**. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, p. 41.

boa-fé, que o autor procura explicar por seu conceito de “veracidade subjetiva” (*Subjektive Wahrhaftigkeit*). De fato, só tem ação o cidadão “honesto, isto é, que funda sua asserção na boa-fé”.¹⁵¹ Em outras palavras, que acredita sinceramente fazer jus ao que pleiteia em juízo.

Ainda, a despeito das críticas que se ergueram à teoria abstrata da ação, que serão objeto de abordagem a seguir, bastante significativa foi – e ainda tem sido – a adesão aos seus postulados. De fato, mais recentemente, embora discorde da denominação (abstrata), o doutrinador uruguaio Eduardo J. COUTURE afirmou que a visão abstrata deve prevalecer sobre a concreta.¹⁵² De fato, segundo o autor, “a ação, como poder jurídico, de acudir à jurisdição, existe sempre: com direito (material) ou sem ele; com pretensão ou sem ela, pois todo indivíduo tem esse poder jurídico, ainda antes de nascer sua pretensão concreta. O poder de acionar é um poder jurídico de todo indivíduo enquanto tal; existe ainda quando não se exerça efetivamente”.¹⁵³ COUTURE, ainda, relaciona a ação processual com o “direito de petição”, que sustenta ser uma garantia individual prevista na maioria das constituições escritas dos estados contemporâneos.¹⁵⁴ Esta noção de ação como “direito de petição” será retomada quando da exposição acerca das condições da ação na teoria liebmaniana.

¹⁵¹ *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*der ehrlichen, d. h. auf guten Glauben fassenden Behauptung*”]

¹⁵² Apesar disto, o autor discorda de DEGENKOLB acerca da boa-fé como limite à abstração: “configurou um desvio da esfera própria desta doutrina a exigência de reclamar no demandante ‘um convencimento sincero’ de seu direito. A ação pertence ao litigante sincero e ao insincero; só ocorre que este último não se serve da ação dentro de seus limites legítimos, mas fora deles, em esfera ilegítima (...). Mas o uso impróprio da ação não deve desorientar a quem deseje conhecer sua natureza. Quanto muito, deve obrigar-lhe a distinguir entre o direito as consequências injustas ou danosas de seu exercício” (COUTURE, E. J. **Fundamentos... Op. Cit.**, pp. 58-59). [Tradução livre de: “*Configuró una desviación de la esfera propia de esta doctrina, la exigencia de reclamar en el demandante ‘un convencimiento sincero’ de su derecho. La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo ocurre que este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera ilegítima (...). Pero el uso impropio de la acción no debe desorientar a quien desee conocer su naturaleza. Cuando más, debe obligarle a distinguir entre el derecho y las consecuencias injustas o perjudiciales de su ejercicio*”].

¹⁵³ *Id. Ibid.*, p. 56. Na teoria de COUTURE, o aspecto particular de identificar a natureza jurídica da ação como um poder jurídico indica influência do pensamento de CHIOVENDA, que será abordado no próximo tópico. [Tradução livre: “*La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente.*”]

¹⁵⁴ *Id. Ibid.*

Em suma, para a teoria abstrata o direito de ação é entendido como um direito subjetivo de natureza pública¹⁵⁵ que compete a todo e qualquer cidadão, como expressão de sua personalidade e capacidade de gozo, e existe independentemente da existência de um direito material.¹⁵⁶

2.3.4 A teoria concreta da ação

Poucos anos depois do surgimento da teoria abstrata da ação, Adolf WACH, então professor na Universidade de Leipzig, opõe críticas à obra de DEGENKOLB e apresenta um novo modelo teórico para explicar o direito de ação. Tais críticas, porém, não maculam o pressuposto da autonomia do direito de ação em relação ao direito material, que também é o ponto de partida desta nova abordagem.

As idéias de WACH vêm a público em 1885, com o primeiro tomo de seu *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (“Manual de direito processual civil alemão”), onde sustenta, na esteira da “polêmica”, que o direito de ação e o direito subjetivo material são independentes e, no ano de 1888, a monografia *Der Feststellungsanspruch* (“A pretensão de declaração”) — escrita em homenagem a WINDSCHEID — em que estabelece os contornos de seu enfoque sobre a ação. O conjunto do pensamento de WACH sobre o instituto restou conhecido como teoria concreta da ação.

O autor desenvolve seu conceito de ação a partir de uma idéia fundamental que chamou de *pretensão de tutela jurídica* ou *pretensão de proteção do direito* (*Rechtsschutzanspruch*), que afirmou ser “a chave que nos abre a região fronteira entre direito civil e processo”.¹⁵⁷ A pretensão de tutela jurídica, que se não confunde com a pretensão de direito material, nem tampouco com o próprio direito material, e configura o objeto do processo civil, consistiria na “pretensão do demandante, ou em seu caso do demandado, de que lhe seja concedida a tutela jurídica processual”. Em

¹⁵⁵ Exceto na visão de COUTURE, porém, que fala em poder jurídico quando se refere à natureza jurídica do direito de ação.

¹⁵⁶ Cf. CHIOVENDA, G. *La acción...* *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁵⁷ WACH, A. *La pretensión...* *Op. Cit.*, p. 37. [Tradução livre de: “la llave que nos abre la región fronteriza entre derecho civil y proceso.”]

outras palavras, é a “pretensão que o direito vincula ao fato-tipo extraprocessual e que se exerce frente ao Estado para que satisfaça frente ao demandado o interesse de tutela jurídica na forma estabelecida pelo ordenamento processual, a pretensão que se apresenta frente ao adversário para que este tolere o ato de tutela”.¹⁵⁸

De forma geral, sintetizando a maior parte de suas idéias em relação ao direito de ação, em passagem que merece transcrição integral, WACH afirma que

a pretensão de proteção do direito constitui o ato de amparo judicial que forma o objetivo do processo. Ela vai dirigida ao Estado, o qual deve outorgar tal amparo; e se dirige contra a parte contrária, frente a qual deve ser outorgada dita proteção. É de natureza de direito público, e não uma emanção ou expressão do direito privado subjetivo. Mas ela tampouco é aquela faculdade, do direito público, de demandar, que compete a qualquer que, dentro das formas estabelecidas e com fundamento jurídico, sustente uma pretensão de proteção do direito. (...). A pretensão de proteção do direito, ou, como se diz também, de forma demasiadamente limitada, o direito de ação judicial, não é o mesmo direito privado subjetivo, nem muito menos a pretensão (Anspruch).¹⁵⁹

Com base em tais premissas, o autor sustenta uma vinculação efetiva entre o direito de ação e o direito subjetivo material que, embora não macule o reconhecimento da autonomia daquele,¹⁶⁰ funda o conceito de ação em sua abordagem teórica e vincula a existência do direito de ação à legitimidade do interesse perseguido em juízo. Com efeito, o próprio autor faz referência à pretensão de tutela jurídica como

¹⁵⁸ WACH, A. **Manual... Op. Cit.**, v. I, p. 42. [Tradução livre de: “*pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal*”; “*pretensión que el derecho vincula al hecho-tipo extraprocesal y que se ejerce frente al Estado para que satisfaga frente al demandado el interés de tutela jurídica en la forma establecida por el ordenamiento procesal, la pretensión que se plantea frente al adversario para que éste tolere el acto de tutela.*”]

¹⁵⁹ WACH, A. **La pretensión... Op. Cit.**, pp. 39-40. [Tradução livre de: “*La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad, del derecho público, de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico, sostenga una pretensión de protección del derecho. (...) La pretensión de protección del derecho, o, como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión (Anspruch).*”]

¹⁶⁰ Segundo afirma CHIOVENDA, a teoria de WACH demonstrou mais claramente do que todas as antecedentes a autonomia do direito de ação (**La acción... Op. Cit.**, pp. 17-18). De fato, como já se mencionou, ensina WACH que a tese da imanência do direito de ação no direito material não se sustenta diante da existência de certas modalidades de ação (como a declaratória negativa) independentes da presença de um direito subjetivo material. (ver nota de rodapé n.º 130, *supra*).

um direito, de natureza pública, *relativamente* independe do direito privado.¹⁶¹

Daí a expressão *teoria concreta da ação*: WACH sustenta que a pretensão de tutela jurídica tem por conteúdo a sentença favorável, de modo que o direito de ação cabe somente ao autor que tem razão.¹⁶²

Neste sentido oferece crítica à teoria de DEGENKOLB ao sustentar que é condição prévia de toda pretensão de tutela jurídica a existência de um interesse legítimo na proteção do direito¹⁶³: “Mas esta possibilidade de acionar de forma eficaz (seja de boa-fé ou má-fe), esse chamado direito publicístico de ação, é *res merae facultatis*, não o exercício de um direito e muito menos de um direito a uma sentença de conteúdo determinado. Não é parte do ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo determinados; é unicamente uma formulação subjetivada da norma jurídica abstrata”.¹⁶⁴

Ainda, é digna de nota a influência de MUTHER no pensamento de WACH, que se torna evidente quando o autor dirige seu conceito de ação ao Estado e, ao mesmo tempo, à contraparte.¹⁶⁵

Na síntese de CHIOVENDA, a ação na teoria wachiana pode ser entendida como “um direito subjetivo que corresponde ao cidadão a que assiste a razão para que o estado lhe conceda a tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*), e que se dirige “ao mesmo tempo contra o Estado e contra o adversário”.¹⁶⁶

¹⁶¹ WACH, A. *La pretensión... Op. Cit.*, p. 51.

¹⁶² WACH, A. *Manual... Op. Cit.*, v. I, pp. 46 e 49.

¹⁶³ WACH, A. *La pretensión... Op. Cit.*, p. 51. Ainda, em outra passagem, afirma o autor que a teoria do “direito de ação publicístico e abstrato” induz a erro e é cientificamente estéril. Neste diapasão, sustenta que “uma pretensão de tutela jurídica só compete a quem tem nessa tutela um interesse *real*, não *imaginário*, e o expõe no processo” (WACH, A. *Manual... Op. Cit.*, v. I, pp. 45-46, grifos no original). [Tradução livre de: “*una pretensión de tutela jurídica sólo compete a quien tiene en esa tutela un interés real, no imaginario, y lo expone en el proceso.*”]

¹⁶⁴ WACH, A. *Manual... Op. Cit.*, v. I, p. 46. [Tradução livre de: “*Pero esa posibilidad de accionar eficazmente (sea de buena o de mala fe), ese llamado derecho publicístico de accionar, es res merae facultatis, no el ejercicio de un derecho y mucho menos de un derecho a una sentencia de contenido determinado. No forma parte del ordenamiento jurídico concreto, materializado en hechos-tipo determinados; és unicamente una formulación subjetivada de la norma jurídica abstracta.*”]

¹⁶⁵ Ver tópico 2.3.2, *supra*.

¹⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madri: Editorial Réus, 1922, t. I, pp. 69-70. [Tradução livre de: “*un derecho subjetivo que corresponde al ciudadano a quien asiste la razón para que el Estado le conceda la tutela jurídica*”; “*al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario*”].

Inúmeras foram as adesões ao pensamento de WACH, que influenciou vários juristas que se seguiram, inclusive CHIOVENDA, que, porém, desenvolveu uma concepção concretista própria.

De fato, em sua famosa aula magna (*prolusione*) lida na Universidade de Bolonha no dia 03 de Fevereiro de 1903 – posteriormente publicada sob o título de “*L’azione nel sistema dei diritti*” no volume I dos “*Saggi di diritto processuale civile*” –, CHIOVENDA firmou os pressupostos de sua concepção sobre a ação.

De maneira geral, não diverge de WACH, como se verá, em relação à autonomia do direito de ação e a só conceder ação a quem tem razão, no sentido de se tratar de um direito a uma sentença de conteúdo determinado. Por este motivo, tratar-se-á desta abordagem teórica neste tópico.

Apesar disso, diferentemente daquele autor, CHIOVENDA nega o caráter de direito público à ação processual. De fato, para ele, a ação processual não é dirigida ao Estado¹⁶⁷, mas à contraparte, no sentido de que à propositura da demanda forma-se uma relação entre cidadãos mediada pelo Estado.¹⁶⁸

¹⁶⁷ “Pensamos verdadeiramente em direito frente ao Estado quando falamos de ação? Pensa o leigo, quando dá causa a um litígio judicial, exercitar um direito frente ao Estado? É em geral inexato o que afirma WACH, de que o direito à tutela jurídica constitua objeto do processo: o juiz, ao aplicar a lei, não pronuncia que o Estado deva querer em um determinado modo, mas que o Estado quer. Mas não é o direito à tutela jurídica, frente ao Estado, pacificamente satisfeito por este com base no ordenamento judicial e, em particular, pela distribuição da jurisdição em vários graus, o poder que sentimos animar o processo civil. Este é, antes, o direito de provocar a atividade do órgão jurisdicional *contra o adversário*” (CHIOVENDA, G. **La acción...** *Op. Cit.*, p. 19, grifos no original). [Tradução livre de: “¿Pensamos verdaderamente nosotros en un derecho frente al Estado, cuando hablamos de acción? ¿Piensa el profano, al llevar a cabo una litis, ejercitar un derecho frente al Estado? Es en general inexacto lo que afirma WACH, de que el derecho a la tutela jurídica constituya objeto del proceso: el juez, al aplicar la ley, no pronuncia que el Estado deba querer en un determinado modo, sino que el Estado quiere. Pero no es el derecho a la tutela jurídica frente al Estado pacíficamente satisfecho por éste mediante el ordenamiento judicial y en particular mediante la distribución de la jurisdicción en varios grados, la potencia que nosotros sentimos animar el proceso civil. La misma es más bien el derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional *contra el adversario*”].

¹⁶⁸ “Eis que quando um cidadão, valendo-se dos meios que o ordenamento jurídico põe a sua disposição, seja a lei, seja a atividade de seus órgãos de Estado, pode com um ato de sua vontade produzir determinados efeitos jurídicos frente ao cidadão, vemos ali uma relação de poder entre cidadão e cidadão; a qual certamente existe na medida em que o cidadão pode se valer da lei ou da atuação dos órgãos públicos. Mas esta relação do titular do direito com a lei e com os poderes do Estado atua como meio em suas mãos relativamente a sua relação com o adversário” (CHIOVENDA, G. **La acción...** *Op. Cit.*, p. 20). [Tradução livre de: “Ya que donde un ciudadano, valiéndose de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, ya sea la ley, ya sea la actividad de los órganos de Estado, puede con un acto de su voluntad producir determinados efectos jurídicos frente al ciudadano, allí nosotros vemos una relación de poder entre ciudadano y ciudadano; la cual en

Ainda, partindo destes pressupostos e também divergindo dos enfoques concretistas anteriores, com originalidade, sustenta CHIOVENDA que a natureza jurídica do direito de ação é a de um *direito de poder jurídico* (*Kann-Rechte* ou *Rechte des rechtlichen Könnens*, como indica o autor, em língua alemã), que propõe chamar, na medida em que “se esgota[m] em uma faculdade, ou melhor, em uma ‘potesdade’”,¹⁶⁹ de *direito potestativo*, categoria que congregaria, também, outras figuras jurídicas, como a rescisão por descumprimento contratual, o reconhecimento de filhos, a revogação de uma doação, entre vários outros. O direito de ação, porém, seria o direito potestativo por excelência.¹⁷⁰

Esta afirmação decorre da conclusão de que, por meio do exercício da ação – que se não confunde com o direito subjetivo material –, o autor cumpre as condições para a atuação concreta da vontade da lei, que terá de ser suportada pela contraparte. Na visão do autor, nenhuma obrigação processual corresponde a este poder jurídico, mas apenas a sujeição aos efeitos jurídicos a que tende a ação.¹⁷¹ Aqui reside o caráter

tanto ciertamente existe, en cuanto otro puede montar sobre la ley o sobre la actividad de los órganos públicos. Pero esta relación del titular del derecho con la ley y con los poderes del Estado actúa como medio en sus manos respecto a su relación con el adversario.”]

¹⁶⁹ CHIOVENDA, G. **La acción... Op. Cit.**, p. 29. [Tradução livre de: “se agotam en una facultad o mejor en una ‘potesdad’”].

¹⁷⁰ *Id. Ibid.*, pp. 29 e ss.

¹⁷¹ “Determinemos melhor a natureza deste poder e, ao mesmo tempo, a diferença de nossas formulações em relação às anteriores, que denominamos mistas. A ação é um poder *frente* ao adversário, mais que *contra* o adversário. Queremos com esta distinção expressar a idéia de que a ação não opõe obrigação alguma. O preconceito de que o direito subjetivo pressupõe necessariamente um dever distanciou-se sempre desta concepção de ação, que é a mais simples. A ação é um poder, diante do qual o adversário não está obrigado à coisa alguma (...). À ação não corresponde nenhum dever processual do adversário: senão pura e simplesmente sua sujeição aos efeitos jurídicos a que tende a ação. Estes efeitos jurídicos, como se tem afirmado desde o princípio, derivam da verificação da condição para a atuação da lei, são a atuação da lei (...). A ação assim entendida existe sempre que a lei faz depender de uma vontade privada a própria atuação; e nada tem a ver com o direito subjetivo, não é uma parte sua, não é uma função sua, não é uma potência sua, nem um direito que surge necessariamente da violação de um direito” (CHIOVENDA, G. **La acción... Op. Cit.**, pp. 20-21, grifos no original). [Tradução livre de: “*Determinemos ahora mejor la naturaleza de este poder y, al mismo tiempo, la diferencia de nuestras formulaciones de aquellas más antiguas que llamamos mixtas. La acción es un poder frente al adversario, más que contra el adversario. Queremos con esta distinción expresar la idea de que la acción no opone obligación alguna. El prejuicio de que el derecho subjetivo presuponga necesariamente un deber, ha alejado siempre de esta concepción de la acción, que es la más simple. La acción es un poder, frente al cual el adversario no está obligado a cosa alguna (...). A la acción no corresponde ningún deber procesal del adversario: sino pura y simplemente su sujeción a los efectos jurídicos a los que la acción tiende. Los cuales efectos jurídicos, como se ha afirmado desde el principio, derivan de la verificación de la condición para la*”]

concreto da ação para CHIOVENDA. Inclusive, neste diapasão, sustenta que a ação corresponde ao demandado na hipótese de lhe se ser oposta uma demanda infundada.¹⁷²

A despeito das críticas que se apresentam à concepção concreta, bem como também à abstrata, do direito de ação, há que se reconhecer que estas correntes de pensamento constituem a base do hodierno pensamento sobre o instituto no direito processual civil, que será, aqui, estudada a partir da abordagem teórica de Enrico Tullio LIEBMAN, apelidada de teoria eclética da ação.

2.3.5 A teoria eclética da ação

A “nova síntese” de Enrico Tullio LIEBMAN sobre as teorias relativas à ação processual foi apresentada em sua *prolusione* (aula inaugural) de 1949, na Universidade de Turim (posteriormente publicada nos “*Scritti in onore di Francesco Carnelutti*”, Pádua, 1950, v. 2, e no livro “*Problemi del processo civile*”, do ano de 1962)¹⁷³, e assumiu forma definitiva na 3ª edição de seu “*Manuale di diritto processuale civile*” (1973). Na *prolusão torinesa*, o autor sugeriu que, à sua época, o debate sobre o instituto – partindo-se do pressuposto da autonomia em relação ao direito material – resumia-se às duas correntes teóricas acima apresentadas, as teorias concretas e abstratas sobre o direito de ação, ambas, porém, insuficientes para explicar adequadamente o instituto isoladamente, mas contendo cada uma um aspecto da concepção que seria adequada ao processo civil contemporâneo.

De fato, LIEBMAN oferece fundadas críticas às duas abordagens teóricas então vigentes. Primeiramente, em relação à teoria *concreta* da ação, o autor levanta

actuación de la ley, son la actuación de la ley (...). La acción así entendida existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación; y no tiene nada que ver con el derecho subjetivo, no es una parte suya, no es una función suya, no es una potencia suya, ni un derecho que surge necesariamente de la violación de un derecho”.]

¹⁷² *Id. Ibid.*, p. 22.

¹⁷³ Antes, todavia, já havia sido esboçada nos artigos “Concepto de la acción civil”, publicado na *Revista de Estudios jurídicos y sociales del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideu, ano XIII, 1940, pp. 217 e ss., e “O despacho saneador e o julgamento de mérito”, publicado na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 42, n.º 104, 1945, pp. 216 e ss., e no livro “Estudos sobre o processo civil brasileiro”, de 1947, que veio à luz durante a permanência do autor na Universidade de São Paulo.

objeção que diz com a sentença que julga improcedente o pedido do autor. Nestes casos (eis que só tem ação quem tem razão), os processos seriam meros fenômenos fáticos, sem relevância jurídica.¹⁷⁴ Por isso, o autor afirma que a ação “não garante resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu”.¹⁷⁵

Já, agora, em relação à teoria abstrata da ação, opõe LIEBMAN o argumento de que não identifica verdadeiramente a ação, mas apenas a sua base de direito constitucional, esta sim genérica, abstrata e ilimitada, que o autor identifica no art. 24 da Constituição italiana.¹⁷⁶ A ação processual, por sua vez, é direito que tem por “garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular”.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

¹⁷⁴ LIEBMAN, E. T. **Problemi...** *Op. Cit.*, p. 33. Em verdade, esclarece o autor que “a inadequação da ação ‘substancial’ se manifesta a cada passo e, deve ser destacada com alguns exemplos. Antes de tudo, se a possibilidade de propor uma demanda (fundamentada ou não) fosse um simples fato, todos os processos que terminam com sentença de rejeição tornar-se-iam, por sua vez, meros fenômenos fáticos, não suscetíveis de relevância jurídica, nem capazes de produzir efeitos jurídicos, incluindo-se nisso a autoridade da coisa julgada. CHIOVENDA responde que a sentença de rejeição acolhe a ação de acerto negativo do réu. Mas (prescindindo do fato de que os autores mais recentes deixaram cair este conceito) o indeferimento do pedido do autor não é condicionado a um análogo pedido do réu e pode ocorrer também se este é inativo ou revel.” [Tradução livre de: “*l’inadeguatezza dell’azione ‘sostanziale’ si manifesta ad ogni passo e va qui rilevata con alcuni esempi. Anzitutto, se la possibilità di proporre una domanda (fondata o infondata) fosse un semplice fatto, tutti i processi che terminano con sentenza di rigetto diverrebbero a loro volta meri fenomeni di fatto, non suscettibili di rilevanza giuridica, né capaci di produrre effetti giuridici, ivi compresa l’autorità della cosa giudicata. CHIOVENDA risponde che la sentenza di rigetto accoglie l’azione de accertamento negativo del convenuto. Ma (a prescindere dal fatto che gli autori più recenti hanno lasciato cadere questo concetto) il rigetto della domanda attrice non è condizionato ad analoga richiesta del convenuto e può aver luogo anche se questi è inattivo o contumace*”].

¹⁷⁵ LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. Cit.*, v. I, p. 200.

¹⁷⁶ No Brasil, a base de direito constitucional do direito de ação estaria, assim, no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁷⁷ LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. Cit.*, v. I, p. 199.

¹⁷⁸ Em trecho que merece transcrição integral, LIEBMAN esclarece no que consiste a base de direito constitucional do direito de ação: “Um direito desta espécie existe sem dúvida e é o reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais por parte do Estado: eles têm o dever de fazer justiça para quem a peça e, por isso, a ordem jurídica garante a todos a possibilidade de endereçar-lhes análoga demanda com os previstos efeitos legais (art. 24 da Const.). Mas, como nos ensinam os constitucionalistas, este é um direito, ou melhor, um poder de direito público, genérico e indeterminado, sem particulares relações com uma *fattispecie* concreta e, por isso – seja-me consentida a expressão – inexaurível e

Sem embargo, a despeito das críticas que formulou às teorias vigentes, LIEBMAN sugere que elas próprias já contêm todos os elementos necessários à elaboração de uma nova teoria, fundada em uma leitura conciliatória. Por isso, o autor propõe, na *prolusão torinesa*, que “a situação parece, portanto, madura para uma tentativa dirigida a recolher numa nova síntese (...) alguns resultados parciais que se pode considerar aceitos pela doutrina, e que — a despeito das aparências — na verdade, não faltam”.¹⁷⁹

Para tanto, LIEBMAN ressalta a “parte de verdade” que cada teoria contempla e pretende estabelecer, a partir de um enfoque teórico abrangente e focado no direito processual, o lugar que lhes cabe. A teoria abstrata, como se disse, com foco no direito público, adequadamente demonstra o aspecto de garantia que o direito de ação encerra e, por isso mesmo, funda o seu exercício. Apesar disso, considerando-se que o direito de ação é concedido para a tutela de um interesse ou direito legítimo, conclui o autor que a abstração do direito de ação não é ilimitada. Antes, para que possa dizer que tem ação, deve o autor comprovar que tem necessidade da tutela estatal. Eis a contribuição da teoria concreta: ainda que se não exija do autor que tenha razão, carece a ação de

inconsumível, permanecendo íntegro e sempre idêntico em todos os casos em que seja exercido, e é a exteriorização imediata e direta da capacidade jurídica geral. Este direito, portanto, não é a ação, no sentido em que esta figura se destaca no sistema do processo, mas é a sua base, o seu pressuposto de direito constitucional, a estrada sempre aberta sobre a qual o cidadão pode, cada vez, iniciar suas ações particulares, nos diversos casos concretos em que entende voltar-se à autoridade judiciária para a proteção de um interesse seu lesado ou ameaçado” (**Problemi... Op. Cit.**, p. 41). [Tradução livre de: “*Un diritto di questa specie esiste senza dubbio ed è il riflesso ex parte subiecti dell’istituzione dei tribunali da parte dello Stato: essi hanno il compito di rendere giustizia a chi la domandi e perciò l’ordine giuridico garantisce a tutti la possibilità di rivolgere loro analoga richiesta con gli effetti previsti dalla legge (art. 24 della Cost.). Ma, come ci insegnano i costituzionalisti, esso è un diritto, o meglio un potere di diritto pubblico, del tutto generico e indeterminato, senza particolari rapporti con una fattispecie concreta e perciò – se mi si consente l’espressione – inesauribile ed inconsumabile, rimanendo integro e sempre identico in tutti i casi in cui venga esercitato, ed è l’estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica generale. Esso non è dunque l’azione, nel senso in cui questa figura ha rilevanza nel sistema del processo, ma la sua base, il suo pressupposto di diritto costituzionale, la strada sempre aperta sulla quale il cittadino può di volta in volta avviare le sue singole azioni, nei diversi casi concreti in cui intende rivolgersi all’autorità giudiziaria per la protezione di un suo interesse leso o minacciato*”].

¹⁷⁹ LIEBMAN, E. T. **Problemi... Op. Cit.**, pp. 43-44. [Tradução livre de: “*la situazione sembra dunque matura per un tentativo diretto a raccogliere in una nuova sintesi, (...) alcuni risultati parziali che si possono considerare acquisiti alla dottrina, e che — a dispetto delle apparenze — in verità non mancano affatto.*”]

demonstração pelo autor de uma situação objetiva (*concreta fattispecie*), de natureza substancial, que justifique a propositura da demanda.¹⁸⁰

Note-se que esta relação instrumental¹⁸¹ com o direito material vai demonstrada pelo preenchimento, por quem a promove, das condições da ação. De fato, na abordagem liebmaniana, são elas “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo”.¹⁸² As condições da ação, pois, apresentam-se como requisitos à decisão processual sobre a lide, e sua ausência implica “*carência de ação*, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido”.¹⁸³⁻¹⁸⁴

Em suma, eis que a ação não é ilimitada, mas tampouco está vinculada à procedência do pedido, LIEBMAN fixa a noção de um “direito ao processo e ao julgamento do mérito”,¹⁸⁵ a partir do que a conceitua como um direito abstrato e dirigido ao Estado e “que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente – sendo com isso concedida ou negada a tutela jurídica”.¹⁸⁶

Ainda, importa mencionar que, apesar das críticas que se lhe pode levantar, das quais algumas serão mencionadas no capítulo relativo às condições da ação, a teoria eclética de LIEBMAN operou influência tão relevante, em especial no Brasil,

¹⁸⁰ LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. Cit.**, v. I, p. 199; LIEBMAN, E. T. **Problemi... Op. Cit.**, p. 48.

¹⁸¹ Neste ponto, a noção de instrumentalidade (ver tópico 1.3.1, supra) é explícita no pensamento de LIEBMAN. Dado que as normas de direito processual são instrumentais, isto é, “regulam os modos de atuação em concreto do conteúdo das normas jurídicas” (LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. Cit.**, v. I, p. 59), é perfeitamente justificável que a existência do direito de ação esteja vinculada à de uma situação concreta de direito material.¹⁸¹

¹⁸² LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. Cit.**, v. I, p. 203.

¹⁸³ Id. *Ibid.*, p. 200.

¹⁸⁴ As condições da ação foram inicialmente propostas por LIEBMAN como: a) *possibilidade jurídica*, que informa que a ação deverá sempre se referir a um pressuposto fático que corresponda a uma previsão legal; b) *legitimação para agir*, de ordem subjetiva, que diz com a titularidade do direito face ao sujeito passivo; c) *interesse para agir*, que diz com a existência de necessidade/proveito da tutela pleiteada (**Problemi... Op. Cit.**, p. 46). Vale mencionar que, em momento posterior, LIEBMAN excluiu de seu rol de condições da ação a *possibilidade jurídica*. As circunstâncias dessa exclusão, bem como um tratamento detalhado das condições da ação, serão operadas no capítulo seguinte.

¹⁸⁵ Id. *Ibid.*, p. 200.

¹⁸⁶ Id. *Ibid.*, p. 199.

que chegou a ser expressamente incorporada ao texto do atual Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 267, VI.¹⁸⁷

2.4 Sobre a recepção dos conceitos processuais civis de ação no processo penal e a crítica a esta postura epistemológica

Como se disse, o sobrevôo que se fez sobre o território processual civil, para observar as teorias relativas à ação, justifica-se pelo hábito da maior parcela da doutrina que impõe ao processo penal modelos importados daquele ramo do processo.

Igualmente, já se disse que, salvo algumas exceções, os cultores do direito processual penal pressupõem que há identidade entre os conceitos de ação no processo civil e no processo penal, quando muito apontando, apenas, diferença em relação a seu conteúdo. Esta é a lição da maioria, como José Frederico MARQUES, ao dizer que a natureza jurídica da ação penal “em nada difere do direito de ação que se exercita no juízo civil. Do ponto de vista processual, ação civil e penal só se diversificam *ratione materiae*, uma vez que apresentam as mesmas linhas conceituais e idênticos caracteres jurídicos”,¹⁸⁸ e Hélio TORNAGHI, que, após longa exposição das teorias sobre a ação no processo civil, a conceitua como “o direito subjetivo público que tem qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação jurisdicional”, e afirma que “essa definição convém a todos os tipos de ação”.¹⁸⁹

É de se ressaltar que se não está, no momento, a pretender infirmar as conclusões dos autores, que logo serão detidamente analisadas. Todavia, é preciso, sempre, perguntar de onde se partiu. Se se trata de aprioristicamente reputar que as teorias do processo civil gozam de absoluta simetria com o processo penal e, com base nisso, encaixar a ação penal em algum rincão da teoria do direito processual civil, inaceitáveis são as conclusões.

Em geral é o que se faz, e, a partir desta postura epistemológica, adquiriu-se o

¹⁸⁷ Código de Processo Civil. “**Art. 267** - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) **VI** - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

¹⁸⁸ MARQUES, J. F. *Elementos... Op. Cit.*, v. I, p. 307.

¹⁸⁹ TORNAGHI, H. B. *Instituições... Op. Cit.*, 1977, v. I, p. 301.

hábito de optar por uma dentre as diversas teorias elaboradas para explicar o instituto no processo civil,¹⁹⁰ sentido em que predomina na doutrina civil-penal a teoria abstrata da ação e a indicação do *direito subjetivo* como sua natureza jurídica.

Convém repetir que tais conclusões, se pautadas em abordagem teórica autônoma, ainda que se lhe pudesse oferecer críticas, seriam de grande contribuição para o desenvolvimento da teoria do direito processual penal. Todavia, a toda aparência, o fenômeno é exatamente o oposto: Primeiro vem a teoria (do processo civil), pronta e acabada, depois vem a adequação do direito processual penal a ela.¹⁹¹

Em verdade, as noções de ação penal de alguns dos autores citados não deixam dúvidas em relação a isto quando vinculam o conceito de ação a idéias que, desde o processo civil, forjam o núcleo da teoria geral do processo, como a lide e, posteriormente, a pretensão. Por todos, CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO afirmam que “a ação penal, portanto, não difere da ação civil quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a lide penal”.¹⁹² No mesmo sentido, segundo MIRABETE, a ação “é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal”.¹⁹³

Como consequência, a ausência de uma abordagem teórica que explore o problema desde seus fundamentos fáticos, políticos e jurídico-dogmáticos, com partida em uma visão eminentemente processual penal, é, possivelmente, uma grande contribuição à expressão utilizada por José Frederico MARQUES para designar a ação penal: “tema verdadeiramente escabroso”.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Neste sentido, além dos autores já indicados, entre outros, poder-se-ia citar: CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral... Op. Cit.**, 1979, p. 221; TOURINHO FILHO, F. C. **Processo... Op. Cit.**, v. I, p. 310; MIRABETE, J. F. **Processo... Op. Cit.**, p. 108; BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 133-134.

¹⁹¹ Como indicado (ver nota de rodapé n.º 105), Franco CORDERO apontou fenômeno similar em relação à doutrina italiana.

¹⁹² CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral... Op. Cit.**, 1979, p. 221. Como já se disse (ver tópico 1.4, *supra*), a partir da 7ª edição desta obra, os autores abandonam a noção de *lide*, como elemento distintivo da atuação jurisdicional do Estado e, no lugar dela, utilizam o conceito de *pretensão* (neste sentido, naquela edição, ver o capítulo 27).

¹⁹³ MIRABETE, J. F. **Processo... Op. Cit.**, p. 108.

¹⁹⁴ MARQUES, J. F. **Elementos... Op. Cit.**, v. I, p. 305.

2.5 Alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: visão geral sobre o tratamento legal do instituto

Como se pretendeu demonstrar, há um problema de foco em relação ao estudo da ação penal que precisa começar a ser corrigido. Está longe deste trabalho a pretensão de apresentar uma nova verdade, definitiva, sobre o tema. Antes, porém, há vontade de dar apenas um passo nesta direção; mas sem ele parece impossível encontrar um lugar mais próximo à realidade e, portanto, é preciso dá-lo.

Sendo assim, não se pode olvidar da orientação de Franco CORDERO: “Agora, sendo distintos os dois processos, quanto ao objeto e aos mecanismos propulsivos, as teorias civilistas sobre a ação não são transportáveis à matéria penal, embora alguns as tomassem emprestadas. *Raciocinemos sobre fenômenos, deixando de lado os teoremas*”.¹⁹⁵

Para tanto, antes propriamente de se discutir o conceito e a natureza jurídica da ação penal, indispensável se faz resgatar o conteúdo dos dispositivos legais e constitucionais que tratam do tema no Brasil. Aqui, isto será feito, ainda que de forma breve, pelo fio condutor da chamada classificação “subjativa” da ação, em cotejo com a discussão sobre os princípios relativos à ação penal.

Importa considerar, preliminarmente, que o tema está tratado, na esfera infraconstitucional, no Título VII, da Parte Geral, do Código Penal brasileiro, entre os artigos 100 e 104, e no Título III, do Livro I, do Código de Processo Penal brasileiro. Além disso, há dispositivos constitucionais – que serão abordados abaixo – com interesse imediato na estruturação da ação penal e um sem-número de leis especiais com regras processuais penais tratando do tema.

Tal tratamento legal, porém, está maculado por uma série de imprecisões técnicas e terminológicas que contribuem para dificultar a compreensão do instituto.

¹⁹⁵ CORDERO, F. *Procedura... Op. Cit.*, 1991, p. 375 (grifou-se). [Tradução livre de: “Ora, diversi essendo i due processi, quanto a oggetto e meccanismi propulsivi, le teorie civilistiche sull’azione non sono transponibili alla materia penale ma qualcuno le pigliava a prestito. Ragioniamo sui fenomeni lasciando da parte i teoremi”].]

De fato, em primeiro lugar, considerando-se a topografia normativa do tema, que indica que há dispositivos sobre a ação penal no Código Penal, seria fácil imaginar que se trata de um instituto de direito material ou, pelo menos, de natureza mista, já que também está versado no Código de Processo Penal.

Nada obstante, porém, à luz do que se disse, no capítulo anterior, sobre o objeto de conhecimento de conhecimento do direito penal e do direito processual penal, é fácil compreender porque a ação penal é, em verdade, entidade de direito processual. Melhor seria, então, como já disse José Frederico MARQUES,¹⁹⁶ que os dispositivos do Código Penal mencionados estivessem no Código de Processo Penal.

Além disso, em várias passagens a lei utiliza a expressão ação quando, em verdade, pretendia fazer referência ao próprio processo, fato que contribui para os lamentáveis equívocos terminológicos que são percebidos no dia-a-dia dos tribunais e até mesmo em textos doutrinários.¹⁹⁷ Este fenômeno é bem evidente em expressões como *juízo da ação*, quando, em verdade, se refere ao acerto do caso penal, ou *autos de ação penal e trancamento da ação penal*, quando se deveria dizer *processo penal*, além de outros vários.¹⁹⁸ Como exemplos de tais imprecisões terminológicas, presentes na própria legislação brasileira, poder-se-ia citar os artigos 31, 42, 60 e 92, do Código de Processo Penal.¹⁹⁹

¹⁹⁶ MARQUES, J. F. *Elementos... Op. Cit.*, v. I, p. 307.

¹⁹⁷ Sobre o problema da ausência de uniformização lingüística na teoria do direito processual penal, ver COUTINHO, J. N. M. *Dogmática... Op. Cit.*, p. 225 e ss.

¹⁹⁸ KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso.** *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 146.

¹⁹⁹ Código de Processo Penal. “**Art. 31** - No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”; “**Art. 42** – O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”; “**Art. 60** - Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: **I** - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos; **II** - quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no Art. 36; **III** - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; **IV** - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.”; “**Art. 92** – Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por

Sobre isto, para evitar problemas de compreensão, repise-se que o conceito de ação é diverso do conceito de processo, ainda que ambos sejam elementos fundamentais do direito processual: enquanto o processo penal pode ser entendido como um conjunto de atos dirigido ao fim de resolver um caso penal, é evidente que a ação está consubstanciada em apenas um ato de tal conjunto, o primeiro deles, ou melhor, que se torna como tal após a intervenção do juiz, dado se tratar a ação do ato impulsionador dela.²⁰⁰

Partindo-se de tais premissas, lançar-se-á mão da “classificação” da ação segundo a parte autora para apresentar uma visão geral do arcabouço normativo sobre o instituto, inclusive para seguir a linha adotada pelo Código de Processo Penal.

Antes, porém, vale ressaltar que, embora existam várias “classificações” da ação penal nos manuais tradicionais, não há, propriamente, que se falar em qualquer classificação das ações. De fato, a ação penal, ente jurídico, como instrumento para a provocação da atuação jurisdicional, é de se concluir que, por natureza, não comporta taxionomia.²⁰¹

Não é diferente em relação à “classificação” subjetiva da ação, que é habitualmente utilizada com a finalidade de sistematizar o tratamento legal do tema em consideração ao fato de que a legislação brasileira só denomina ação penal aquela que corresponde a uma sentença condenatória. Em verdade, tal “classificação” decorre de um critério subjetivo ligado ao autor, isto é, à parte legítima para a propositura da ação penal.²⁰²

sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.”

²⁰⁰ Ver tópico 2.2.

²⁰¹ Ademais, as “classificações” propostas dizem, na realidade, com outros elementos processuais, como a espécie de tutela jurisdicional pleiteada (ação de conhecimento, executiva, cautelar) ou a espécie de sentença (ação condenatória, constitutiva, declaratória, etc.), ou, pior ainda, a “pretensão” pleiteada, como soem fazer os processualistas civis (ação possessória, de cobrança, etc.), o que levaria, aqui, a se ter que falar em *ação de homicídio*, *ação de roubo*, *ação de furto*, etc., de todo absurdo.

²⁰² “É uma classificação, por elementar, que não leva em consideração a estrutura ontológica da ação (sempre pública), mas o seu autor.” (COUTINHO, J. N. M. **Introdução... Op. Cit.**, p. 125).

Neste sentido, como dispõe o art. 100, e seus parágrafos 1º e 2º, do Código Penal,²⁰³ assumirá o instituto a forma de uma ação penal pública quando a titularidade para seu exercício é do Ministério Público, ou de uma ação penal de iniciativa privada, quando a lei confere ao ofendido a legitimidade para agir.²⁰⁴ Como regra geral, a teor do *caput* do dispositivo supracitado, a ação penal é pública, competindo seu exercício ao ofendido, ou seu representante legal ou legitimados, apenas quando a lei expressamente o declara, em geral pela locução “somente se procede mediante queixa”, presente na parte especial do Código Penal e em algumas leis especiais.

2.5.1 A ação penal pública e seus princípios fundamentais

De maneira geral, é possível dizer que a ação penal pública é aquela que deve ser promovida por *denúncia* do Ministério Público (art. 24, do Código de Processo Penal). A Constituição da República, em seu art. 129, I, afirma que entre as funções institucionais daquele órgão encontra-se a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Normalmente, para cumprir tal mister e provocar a atuação jurisdicional, com a instauração do processo, suficiente é que estejam presentes as condições genéricas da ação penal, exigíveis em qualquer modalidade de ação penal “condenatória” (ver, *infra*, o capítulo 3), inexistindo qualquer outro requisito legal ao Ministério Público. Neste caso, a ação ganha a alcunha de *ação penal pública incondicionada*, que é a regra no sistema processual penal brasileiro.

Ocasionalmente, a depender do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, a lei faz exigir do autor, além das condições genéricas da ação, o cumprimento de outros requisitos legais, ditos condições específicas da ação. É a chamada *ação penal pública condicionada*. Entre outras, que serão tratadas no próximo capítulo, incluem-se na

²⁰³ Código Penal. **Art. 100** - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. **§ 1º** - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. **§ 2º** - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

²⁰⁴ Ver, também, os artigos 24 e 30 do Código de Processo Penal.

categoria de condições específicas da ação a *representação* (art. 39, do Código de Processo Penal) e a *requisição do Ministro da Justiça*. Neste último caso, o recebimento da denúncia está condicionado à requisição da persecução penal, pelo Ministro da Justiça, nas seguintes hipóteses: a) crimes contra a honra do Presidente da República ou de chefe de estado estrangeiro (art. 141, II, do Código Penal c/c art. 145, § único, do mesmo diploma); b) crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, § 3º, “b”, do Código Penal); c) determinados crimes praticados através da imprensa (art. 23, I, da Lei 5.250/1967 c/c art. 40, I, “a”, do mesmo diploma). No caso da *representação*, a lei condiciona a persecução do caso penal e, por consequência, a atuação do Ministério Público a uma espécie de “anuência” da vítima, decorrente de certos interesses individuais, como a privacidade, a intimidade, etc., que podem estar em jogo em tais situações. Como exemplos, entre outros, de crimes de ação condicionada à representação do ofendido, cite-se a ameaça (art. 147, e § único, do Código Penal), os crimes patrimoniais cometidos em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de irmão, legítimo ou ilegítimo, ou de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (art. 182, do Código Penal), e os crimes contra a liberdade sexual de vítima que não possa, ou seus pais, prover às despesas do processo sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (art. 225, § 1º, I, e § 2º, do Código Penal).

Esta estrutura legal em relação à ação penal pública vai conformada por dois princípios fundamentais: *oficialidade* e *obrigatoriedade*.²⁰⁵

Pelo princípio da *oficialidade* compreende-se que a ação penal deve ser exercida por um órgão oficial do Estado, em oposição à ação promovida por acusadores privados. Aqui, Jorge de Figueiredo DIAS sintetiza bem o problema ao dizer que se trata “de saber a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de a submeter ou não a julgamento”.²⁰⁶ No que diz com ação penal pública, como o interesse que impulsiona a atuação da jurisdição “é público e pertence à coletividade, a ação deve ser promovida por órgãos oficiais: trata-

²⁰⁵ COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, pp. 123 e ss.

²⁰⁶ DIAS, J. F. *Direito... Op. Cit.*, p. 116.

se dos crimes públicos e semi-públicos, dos quais decorreriam a ação penal pública incondicionada e a ação penal pública condicionada, respectivamente”.²⁰⁷⁻²⁰⁸

Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a raiz do princípio da oficialidade é inquisitória, na medida em que o “impulso do qual se origina a persecução penal é promovido por um órgão estatal; (...) Aliás, é forçoso reconhecer que, de certa forma, tal princípio legitimou o sistema inquisitório, na medida que se entendia que o juiz-inquisidor era o único ente estatal capaz de, em nome da coletividade, dar início à persecução penal. Assim, pensava-se que, caso fosse deixado ao particular o impulso de investigação e do processo, seria colocado em risco o interesse coletivo”.²⁰⁹

Apesar disso, ainda que superado o sistema inquisitório puro e consagrado o princípio da demanda (separação das funções de acusar e julgar), segue relevante o princípio da oficialidade, eis que permite melhor tutelar o interesse da coletividade nas infrações penais de ação penal pública.²¹⁰

Sobre isso, Franco CORDERO ensina que, ante a impossibilidade de restauração do antigo sistema da acusação privada, os legisladores posteriores à superação do sistema inquisitório puro trouxeram à luz uma parte artificial,²¹¹ o ator institucional, que já existia no *ancien régime*, porém com função processual de menor importância: o *Ministério Público*. Nas palavras do autor, sobre a legislação republicana da Convenção, posterior à Revolução Francesa:

o artigo 5º da lei 3 do Brumário do ano IV (5 de outubro de 1795) o define [o ator institucional] com uma fórmula que penetrou no círculo lingüístico europeu: “a ação pública tem por objeto castigar os atentados dirigidos contra a ordem social”; Merlin de Douai definiu-a claramente; “ela pertence essencialmente ao povo”; o advérbio é uma concessão à metafísica jusnatural-iluminista; “é exercida em seu nome por funcionários designados para este fim”; e assim reaparece o *Ministério Público*, um pouco aumentado (no *ancien régime*

²⁰⁷ COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, p. 124.

²⁰⁸ É bem verdade que este critério de distinção segundo a natureza do interesse em jogo não pode ser tomado ontologicamente. Basta lembrar do crime previsto no art. 345, do Código Penal, intitulado *exercício arbitrário das próprias razões*, que, embora afronte diretamente a proibição da autodefesa dos direitos, ligado ao monopólio estatal na resolução dos conflitos sociais, tem ação penal promovida por iniciativa privada (COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, p. 125).

²⁰⁹ COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, p. 124.

²¹⁰ *Id. Ibid.*

²¹¹ Sobre esta noção de *parte artificial*, ver também CARNELUTTI, F. *Mettere... Op. Cit.*, p. 259.

era um postulante passivo, reduzido somente à *pluma*).²¹²

Na ordem jurídica brasileira vigente é possível dizer que o princípio da oficialidade encontra respaldo no já mencionado art. 129, I, da Constituição da República.

Já, agora, o princípio da *obrigatoriedade*, embora não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico nacional,²¹³ considera-se de plena aplicação no direito processual penal brasileiro, antes de qualquer coisa, como corolário do princípio constitucional da isonomia.²¹⁴

Em função da *obrigatoriedade*, eis que tem o monopólio da ação penal pública, “deve o Ministério Público exercê-la, ou, alternativamente, pedir uma providência que o exima”.²¹⁵ Assim, para que se evite, em relação ao órgão estatal de acusação, manipulações ou pressões que possam prejudicar a persecução penal, o comando normativo determina que a ação penal pública deve ser sempre exercida.²¹⁶

Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, porém, a *obrigatoriedade* da ação penal “condenatória” não está posta de forma absoluta. Antes, sofre relativização na medida em que se limita às situações em que se encontram presentes os pressupostos processuais e as condições da ação estão integralmente preenchidas.²¹⁷

Sem embargo destes que podem ser considerados *princípios fundamentais* da ação penal pública, é útil mencionar que parte da doutrina arrola, como princípios referentes à ação penal pública, a *indivisibilidade*, a *intranscendência* e a

²¹² CORDERO, F. *Procedura... Op. Cit.*, 1991, p. 378. [Tradução livre de: “l’art. 5 code 3 brumaio anno IV (5 ottobre 1795) lo definisce con una formula penetrata nel circolo linguistico europeo: ‘l’action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l’ordre social’; era definitore chiaro Merlin de Douai; ‘elle appartient essentiellement au peuple’; l’avverbio è una concessione alla metafisica giusnatural-illuministica; ‘elle est exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet’; e così riappare ‘le ministère public’, alquanto accresciuto (nell’ancien régime era un requirente passivo, ridotto alla sola ‘plume’).”]

²¹³ O legislador constitucional italiano fez inserir, de forma expressa, em sua Constituição, o princípio da *obrigatoriedade*: **Art. 112.** “Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”. [Tradução livre: “O ministério público tem a obrigação de exercer a ação penal”].

²¹⁴ COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, pp. 126.

²¹⁵ CORDERO, F. *Procedura... Op. Cit.*, 1991, p. 380. [Tradução livre de: “il pubblico ministero deve esercitarla o, alternativamente, chiedere un provvedimento che lo esima”].

²¹⁶ COUTINHO, J. N. M. *Introdução... Op. Cit.*, pp. 126.

²¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 127.

indisponibilidade.²¹⁸ Este último, porém, sequer mereceria figurar entre os princípios relativos à ação. De fato, fundado no artigo 42, do Código de Processo Penal, diz respeito, em verdade, ao conteúdo do processo, não à ação: oferecida e recebida a denúncia, não pode o Ministério Público desistir do processo. Como já foi mencionado, aqui, o Código confunde ação com processo.²¹⁹ Os demais, embora digam com a ação penal pública, não podem ser considerados princípios fundamentais, a partir dos quais o instituto deve ser construído e aplicado.

De fato, o princípio da *indivisibilidade* enuncia que, havendo concurso de agentes na prática da infração, deve a ação ser oferecida em face de todos eles. Ainda que isto seja verdade – como de fato é –, não se pode ignorar que, em relação à ação penal pública, a *indivisibilidade* da ação penal é corolário do princípio da *obrigatoriedade* e expressão da *isonomia*.

Por fim, estabelece o princípio da *intranscendência* que “a ação penal é proposta apenas contra a pessoa ou as pessoas a quem se imputa a prática da infração”.²²⁰ Naturalmente que a propositura de ação penal contra pessoa em face da qual não se imputa crime algum, ou em relação a quem não se pode dizer que estão presentes as condições da ação, representaria constrangimento ilegal.

2.5.2 A ação penal de iniciativa privada e seus princípios fundamentais

A modalidade de ação penal de que se tratará agora, a despeito da denominação “ação penal privada”, utilizada no Código de Processo Penal, tem natureza evidentemente pública. Neste sentido, em nada difere da ação penal pública, exceto em relação à titularidade para sua propositura. É digno de nota, porém, que o ofendido, titular da ação penal de iniciativa privada, não postula em juízo um direito

²¹⁸ Por todos, TOURINHO FILHO, F. C. *Processo... Op. Cit.*, v. I, p. 328 e ss.

²¹⁹ Código de Processo Penal. “Art. 42 - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

²²⁰ TOURINHO FILHO, F. C. *Processo... Op. Cit.*, v. I, p. 339. O autor acrescenta que em certos sistemas processuais, como o mexicano, o próprio órgão de acusação deve requerer, de ofício, a reparação do dano *ex delicto*, mesmo que o tenha que fazer em face de pessoa que não seja o acusado, como seu responsável legal. Assim, como no direito brasileiro é na esfera civil que o dano deve ser reparado, a ação penal é exercida somente contra os imputados.

próprio. Por óbvio, o direito de punir não é um direito seu (aliás, nem do Ministério Público, na ação penal de sua iniciativa).

Por isso, como demonstrou Rogério de Lauria TUCCI, o critério subjetivo (ação penal pública e ação penal privada, insculpido no Código de Processo Penal), não se configura como tecnicamente adequado à divisão das ações penais. De fato, “a pena é de interesse público e só assim se justifica; sendo fim da ação penal impô-la, há sempre, no procedimento penal, *ação pública*”. Por isso, com toda a razão, o autor admoesta ao uso da expressão “ação penal de iniciativa privada”.²²¹ Sem embargo, não se pode concordar que o fim da ação penal seja a imposição de uma pena. Como se discutirá abaixo, a finalidade da ação penal “condenatória” é provocar a atuação da jurisdição para resolver uma situação de dúvida em relação à aplicação de uma sanção penal. Para ser compatibilizada com a Constituição da República, trata-se de meio, não de fim.

O Código de Processo Penal, em seu art. 30, estabelece que “ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”, i. e., o sujeito passivo do crime, em função dos interesses privados que estão em jogo, decidirá segundo um critério de oportunidade se a persecução penal tomará lugar. São, assim, exemplos de “crimes privados”, via de regra, os crimes contra os costumes (artigo 213 e seguintes, do Código Penal) e os crimes contra a honra (artigo 138 e seguintes).

Ainda, no caso de morte ou ausência declarada por decisão judicial do ofendido, o direito de oferecer a *queixa*, nome que se dá ao ato processual pelo qual a ação penal de iniciativa privada é exercida, passará a uma das pessoas indicadas no art. 31, do Código de Processo Penal: o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.²²² Ao autor da ação penal de iniciativa privada dá-se o nome de *querelante*.

²²¹ TUCCI, R. L. **Teoria...** *Op. Cit.*, p. 112. É digno de nota que, antes de TUCCI – como, aliás, ele próprio menciona –, Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA afirmou que a ação penal é sempre pública: “Os qualificativos ‘pública’ e ‘privada’ ligados à ação levam o espírito, não raro, a confusões que é preciso evitar. São conceitos ambíguos que se respeitam menos por adequados do que pelo valor técnico que a prática lhes dá. Todas as ações penais são ‘públicas’, pelo fim a que se destinam, a efetivação do direito penal, ramo do direito público. (...). A pena é de interesse público e só assim se justifica; sendo fim da ação penal impô-la, há sempre, no procedimento penal ‘ação pública’” (**Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 236).

²²² A despeito disso, em relação ao crime contra o casamento previsto no art. 236, do Código Penal, sob *nomen juris* “induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento”, diz-se que a *ação penal*

Ainda, em casos excepcionais, a *queixa* pode ser oferecida em relação a crimes de ação penal pública com iniciativa oficial. Trata-se da chamada *ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública*. Regulada no art. 5º, LIX, da Constituição da República e art. 29, do Código de Processo Penal, pressupõe a omissão do órgão oficial de acusação em oferecer a *denúncia*. Na redação constitucional, “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.²²³ Neste caso, porém, ante a natureza do crime, cabe ao Ministério Público “aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal” (art. 29, do Código de Processo Penal).

Eis que, no caso em exame, o exercício da ação penal depende da conveniência do ofendido, em confronto com a ação penal de iniciativa oficial, diversos são os princípios que a governam. Neste sentido, em oposição aos princípios, relativos à ação penal pública, da *oficialidade* e da *obrigatoriedade*, vigem os princípios da *privatividade* e da *oportunidade* ou *conveniência*, respectivamente. Por outro lado, em convergência com a ação penal pública, o princípio da *indivisibilidade* da ação penal de iniciativa privada tem previsão legal, no art. 48, do Código de Processo Penal: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Isto porque a conveniência do autor, determinada pelo conflito entre o interesse público na aplicação da sanção penal e os interesses privados (intimidade, privacidade, etc.) que poderiam ser prejudicados pela persecução penal, não o autoriza a submeter apenas uma parte

de iniciativa privada é personalíssima, eis que compete apenas ao cônjuge enganado (parágrafo único), excluídas, portanto, as pessoas arroladas no art. 31, do Código de Processo Penal. O mesmo se passava com a conduta de adultério, descriminalizada pela Lei 11.106/2005, que revogou o disposto no art. 240, do Código Penal.

²²³ O prazo para o oferecimento da denúncia é o estipulado no art. 46, do Código de Processo Penal, isto é, 5 (cinco) dias se o investigado estiver preso e 15 (quinze) se estiver solto, contado, em qualquer caso, da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial. Algumas leis especiais, porém, estabelecem prazos diferenciados. Como exemplo: o prazo é de 10 (dez) dias em relação aos crimes eleitorais (art. 357, do Código Eleitoral), aos crimes de imprensa (art. 40, da Lei 5.250/67) e aos crimes previstos na nova Lei de Tóxicos (art. 54, da Lei 11.343/06); de 2 (dois) dias em relação aos crimes contra a economia popular (art. 10, § 2º, da Lei 1.521/51); e de 48 (quarenta e oito) horas em relação ao crime de abuso de autoridade (art. 13, da Lei 4.898/65).

dos ofensores ao processo penal.²²⁴ A propositura da ação faz presumir que o autor privilegiará o interesse público – que diz sempre com a punição de todos os culpados – em face de seus direitos individuais. E, por outro lado, aqui, costuma-se tratar, também, do já examinado princípio da *intranscendência*.²²⁵

Por fim, fala parte da doutrina no princípio da *disponibilidade*,²²⁶ em antagonia ao princípio da *indisponibilidade* da ação penal pública. Nada obstante, como já se disse antes, tais princípios dizem com o conteúdo do processo, não com a ação.

2.6 Alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: o estabelecimento de pontos de partida provisórios

A revisão do tratamento legal do tema, acima, bem como de alguns dos princípios fundamentais aplicáveis à regulação do instituto, fornecerá a base para a crítica do enfoque teórico dominante sobre a natureza jurídica e o conceito de ação penal.

Antes, porém, de qualquer consideração sobre o tema, é preciso ter em mente que o problema reclama uma análise muito mais profunda do que aquela que se poderia empreender aqui. O objetivo, portanto, é meramente fixar um ponto de partida provisório, a partir do qual o tema das condições da ação possa ser apreciado, que leve em conta, como já se disse mais de uma vez, a autonomia teórica do direito processual penal.

²²⁴ Por óbvio, a titularidade privada para a ação penal não significa que o Estado transferiu o *poder de punir* ao ofendido, mas, somente, o “direito” de provocar a atuação da jurisdição penal. Neste sentido, a ação penal de iniciativa não se presta a atender um sentimento de vingança do querelante. Como ensina ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, o fato de o Estado aplicar uma sanção penal ao agente do crime não permite concluir que, “ao levar a cabo esta missão, o faça para satisfazer um imaginário crédito que o ofendido tenha em relação à penalidade dos atos de que foi vítima” (**Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, t. II, p. 65). [Tradução livre de “*al llevar a cabo tal misión lo haga para satisfacer un imaginario crédito que el ofendido tenga respecto a la penalidad de los actos de que fue víctima*”].

²²⁵ Cf. TOURINHO FILHO, F. C. **Processo...** *Op. Cit.*, v. I, pp. 454-455.

²²⁶ *Id. Ibid.*, p. 451.

2.6.1 Resgatando uma teoria ampliada da ação penal

Note-se que a doutrina adepta da teoria geral do processo sustenta que as teorias acerca da ação no processo civil aplicam-se também ao processo penal, eis que, em sua opinião, apenas o conteúdo delas, com base nos conceitos de lide e pretensão, é diferente; a doutrina processual penal, por sua vez, quando procura tratar da ação penal o faz apenas em relação àquela modalidade que encerra uma acusação (ação penal “condenatória”), materializada na *denúncia* e na *queixa*. Por um lado, o que se vê é um enfoque demasiadamente amplo, que pretende conciliar o inconciliável (em verdade, pretende-se impor uma forma processual civil à ação penal), e, por outro, uma leitura demasiadamente restrita, limitada ao que a lei chama de ação penal.

Nada obstante, não há razão para acreditar que só há ação penal quando a parte acusadora oferece denúncia ou queixa. Em verdade, a adoção do *princípio da inércia da jurisdição* implica compreender que o juiz não poderá resolver o caso penal sem a provocação de outro sujeito processual. No que diz com a ação penal pública, há comando constitucional determinando que, exclusivamente, a provocação da atuação jurisdicional compete ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição da República de 1988).

Sendo assim, é fato que tal provocação não ocorre apenas quando há acusação: se o promotor de justiça, ao perceber que já se operou a prescrição (art. 109, do Código Penal), ao invés de oferecer a denúncia, deverá requerer ao juiz que, nos termos do art. 61, do Código de Processo Penal,²²⁷ declare extinta a punibilidade. Aqui, eis que contempla um pedido de accertamento do caso penal, há ação mas não há acusação. Esta mesma ação penal, a propósito, pode ser oferecida pelo próprio autor do delito.²²⁸

²²⁷ Código de Processo Penal. “**Art. 61** – Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deve declará-lo de ofício”. Naturalmente que, à luz do princípio da inércia da jurisdição, embora o juiz possa reconhecer extinta a punibilidade em qualquer fase do processo, vedada está sua declaração judicial antes de iniciado o processo, isto é, sem provocação da parte.

²²⁸ Segundo o atual regramento processual penal infraconstitucional, algumas de tais atuações da jurisdição penal podem acontecer independentemente de provocação da parte acusadora. O Código de

Giovanni LEONE tinha muita clareza sobre este ponto, como demonstra ao afirmar que seria possível apresentar uma definição ampla de ação penal, cuja parte autora não necessariamente precisaria ser o Ministério Público, que se serviria a provocar uma decisão do juiz sobre uma notícia de crime (*notitia criminis*), seja no sentido da aplicação de alguma medida de repressão penal ou de modificação de situações jurídicas pré-constituídas.²²⁹ Perceba-se que neste amplo conceito seria possível inserir, além dos atos supracitados, denúncia, queixa e pedido de declaração de extinção da punibilidade, entre outros, a revisão criminal, o pedido de arquivamento do inquérito policial e outras medidas cautelares, inclusive as relativas à prisão processual, e, até mesmo, o *habeas corpus*.

Em verdade, a doutrina brasileira não desconhece esta definição ampla de ação penal, como se depreende das palavras de José Frederico MARQUES sobre o tema,²³⁰ mas apenas não lhe tem dado a devida atenção. A questão, de fato, é nuclear: antes de estabelecer a natureza jurídica e o conceito de qualquer instituto é preciso ter muita clareza sobre seu conteúdo e extensão. Um conceito de ação penal pode estar referido somente à chamada ação penal “condenatória”, ou *ação penal em sentido estrito*, como propõe chamar Frederico MARQUES, ou abarcar todos os atos

Processo Penal atribui ao juiz possibilidade de atuar de ofício em certos casos (inclusive antes da instauração do processo), como, apenas para citar alguns exemplos, o reconhecimento da extinção da punibilidade (art. 61) e a prisão preventiva (art. 311). Por evidente, todavia, ampliando-se o conceito de ação penal, há que se concluir que é inconstitucional a iniciativa do juiz em relação àquelas atuações da jurisdição penal, em face do princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat judex ex officio*). Tais conclusões, especialmente em relação à inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada de ofício, não são novas na doutrina processual penal (veja-se, por exemplo, CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 494 e ss.; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 320 e 637), porém, à ampliação do conceito de ação penal, reforçadas restam as posições.

²²⁹ LEONE, G. **Elementi...** *Op. Cit.*, p. 193: “Do que antecede decorre a possibilidade de apresentar uma definição ampla da ação penal (...) como o poder (do Ministério Público ou dos sujeitos privados) de requerer ao juiz a decisão sobre uma *notitia criminis*, isto é, sobre a existência das condições requeridas para alguma medida dirigida à repressão de um crime ou à modificação de relações jurídicas penais preexistentes”. [Tradução livre de: “*Da quanto precede discende la possibilità di presentare una definizione ampia dell’azione penale (...) come il potere (del p.m. o di soggetti privati) di chiedere al giudice penale la decisione su una notitia criminis ovvero sulla sussistenza delle condizioni richieste per taluni delimitati provvedimenti diretti alla repressione di un reato o alla modificazione di rapporti giuridici penali preesistenti*”].

²³⁰ MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. Cit.*, v. I, pp. 321 e ss. Apesar da clareza que tem o autor sobre este aspecto amplo da ação penal, seu conceito não será adotado porque está fundado no conceito de pretensão, inerente à teoria geral do processo e incompatível com o direito processual penal.

processuais penais tendentes a provocar a atuação jurisdicional *em relação* a um caso penal. Naturalmente que a expressão *ação penal*, desacompanhada de qualquer outro adjetivo, faz referência ao segundo caso.

Numa primeira aproximação teórica, portanto, de tudo quanto foi dito, poder-se-ia afirmar que a ação penal é uma forma de provocação da atuação da jurisdição penal. Giovanni LEONE, como se viu, sugere que esta provocação está dirigida a obter uma decisão em relação a uma *notícia de crime*. Já, agora, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, numa visão restrita à *ação penal em sentido estrito*, lança mão de seu conceito de *caso penal*²³¹ para indicar que pela ação provoca-se, “para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”.²³²

No que diz com a abordagem teórica aqui delineada, a definição de COUTINHO – embora perfeitamente adequada ao fato de que se adotou irrestritamente o conceito de caso penal para referir o conteúdo do processo – parece não abarcar toda a diversidade de provimentos jurisdicionais que podem decorrer da noção ampla de ação penal acima descrita. De fato, por exemplo, quando decide sobre o arquivamento do inquérito policial, o juiz não realiza o acerto do caso penal, antes, como ensinou COUTINHO, trata-se de uma decisão de natureza cautelar em processo penal, eis que possibilita a retomada da persecução penal caso surjam novas provas.²³³

Por outro lado, em relação à definição de LEONE – provocação da atuação jurisdicional para obter uma decisão sobre uma *notitia criminis* – é possível dizer que, em confronto com o direito processual penal brasileiro, ante a restrição do conceito de

²³¹ Sobre o caso penal, como já se apontou, afirma COUTINHO que “a jurisdição atua para fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não. Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre – e tem importância prática já na primeira fase de persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: *caso penal*, por exemplo. Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. *Caso penal* cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal” (*A lide... Op. Cit.*, p. 138).

²³² COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 147.

²³³ Sobre o tema, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, 1993, abr./jun., pp. 49 e ss.

notícia do crime,²³⁴ deixaria de fora, no mínimo, a revisão criminal.

Sendo assim, por tudo, poder-se-ia dizer, em ligeira adaptação à definição de COUTINHO, que visa superar as dificuldades encontradas, que se serve a ação penal à provocação da atuação jurisdicional *em relação* a um caso penal.²³⁵

2.6.2 Sobre a natureza jurídica da ação penal

Tendo-se em vista tais considerações, como próximo passo, convém investigar a natureza jurídica do instituto. Este é o exato ponto em que, levando-se em conta o atual nível de desenvolvimento da doutrina processual penal brasileira, as maiores dificuldades se apresentam.

Já se disse que, no geral, a doutrina processual penal padece de falta de criatividade e enfoques autônomos, pescando nas teorias estudadas sobre a ação no processo civil uma resposta que deixa sem explicação algumas indagações. A despeito

²³⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos... Op. Cit.**, v. I, p. 134: “Chama-se *notitia criminis* ao conhecimento espontâneo ou provocado que tem a autoridade pública da prática de uma infração penal”.

²³⁵ A adoção desta teoria “ampliada” da ação penal reclamaria amplo repensamento das abordagens teóricas atuais sobre o tema. Inúmeros são os pontos que demandariam reformulação, desde o aspecto principiológico até o problema das condições da ação penal. Este trabalho não comportaria um estudo de tais proporções, mas alguns comentários, a título de exemplo, podem ser feitos em relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Desde logo, resta claro que, com toda a razão, aquele princípio deve ser relativizado, no sentido de que a obrigação se limita às situações em que as condições da ação estão presentes (ver tópico 2.5.1, *supra*). Sem embargo, eis que a conclusão parece correta, note-se que esta construção – como tudo em relação à atual teoria da ação penal – está restrita à ação penal “condenatória”. Quando se amplia o conceito de ação penal, como aqui se propõe, a *obrigatoriedade* pode ganhar novas dimensões: isto é, se o Ministério Público não deve deduzir uma acusação, eis que falta uma das condições da ação, também não pode ele permanecer inerte, frustrando o sistema de controle judicial em relação à persecução penal. Por isso, como expressão deste dever institucional, sempre que estiver diante de um procedimento de investigação preliminar concluso, deve o órgão estatal de acusação agir, seja pelo oferecimento da denúncia, se estiverem presentes as condições da ação, seja por um *agir alternativo* (que o exima de oferecer a acusação), se não estiverem presentes todas elas, como, exemplificativamente, o pedido de reconhecimento e declaração da extinção da punibilidade ou o pedido de arquivamento do inquérito policial ou peças de investigação. Este *agir alternativo*, desde a teoria “ampliada”, não deixa de ser ação penal. Giovanni LEONE, que preconizou este entendimento amplo sobre a ação penal, em relação ao problema da obrigatoriedade, afirmou que “o princípio da obrigatoriedade deve ser observado com o maior rigor; e que, em consequência, também nos casos mais evidentes de *notitia criminis* infundada, o Ministério Público está obrigado a promover o decreto de arquivamento” (**Tratado... Op. Cit.**, v. I, p. 142). [Tradução livre de: “o principio de obligatoriedad debe ser observado con el mayor rigor; y que, por consiguiente, también en los casos más evidentes de *notitia criminis* infundada, el ministerio público está obligado a promover el decreto de archivación”.]

disso, mesmo quando a autonomia é afirmada, não se consegue ir além do binômio direito subjetivo-poder jurídico preconizado pela doutrina civilista. No geral, a escolha é reputar à ação penal a natureza de um *direito subjetivo*, embora alguns poucos sustentem, a partir da teoria chiovendiana, que se trata de um *poder jurídico*.

Em relação ao primeiro caso, já disse José Frederico MARQUES que a ação penal é um direito subjetivo que tem o Estado-Administração em face do Estado-juiz, de provocar sua atuação.²³⁶ E, neste sentido, sustenta TOURINHO FILHO que se não pode confundir o dever jurídico de atuação do Ministério Público com a natureza jurídica da ação penal, que seria a de um direito subjetivo. Assim, para o autor, “o exercício desse direito é que constitui um dever do Estado-Administração”.²³⁷

À objeção de que a natureza de *direito* seria incompatível com o princípio da *obrigatoriedade* da ação penal, ante a incoerência de se falar em um direito cujo exercício é obrigatório, Giovanni LEONE afirma que “se pode responder que o dever do Ministério Público de promover a ação penal é em relação aos órgãos superiores, e também no tocante aos cidadãos (...); ao passo que o direito subjetivo se orienta em face do órgão da jurisdição”.²³⁸

A conclusão, apesar de bastante sugestiva,²³⁹ também recebe críticas de outras ordens, fundadas na natureza privada da noção de *direito subjetivo*. Assim, Joaquim Canuto Mendes da ALMEIDA, com base em PONTES DE MIRANDA, distingue entre *direito subjetivo* e *direito não subjetivo* a partir da natureza do interesse que lhe é correspondente: lá, *interesse pessoal*, aqui, *interesse impessoal*.²⁴⁰ E, ao afirmar que é

²³⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos...** *Op. Cit.*, v. I, p. 312.

²³⁷ TOURINHO FILHO, **Processo...** *Op. Cit.*, v. I, p. 311.

²³⁸ LEONE, Giovanni. **Tratado...** *Op. Cit.*, v. I, p. 132. Não se pode dizer, hoje, no Brasil, que haja um dever hierárquico no exercício da ação penal, notadamente quando se considera os princípios constitucionais do Ministério Público: unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição da República). Seria melhor dizer que o dever do Ministério Público em relação ao oferecimento da ação penal é institucional e decorre diretamente da Constituição (art. 127, *caput*, da Constituição da República).

²³⁹ De fato, o autor desta pesquisa já sustentou a natureza de direito subjetivo para a ação penal. Ver NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, p. 34.

²⁴⁰ ALMEIDA, J. C. M. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 7. Ainda, sobre o tema, sustenta o autor que “desde que *governar* (legislar, administrar e julgar) deixou de ser *mercê* do detentor da *potestas* política para tornar-se poder-dever estatal, no, por isso mesmo, chamado *Estado de direito*, os governados deixaram de ser meros súditos, protegidos pela *mercê* do soberano, para se tornarem titulares de *direito subjetivo* (direito do privado) ou de *direito não subjetivo* (direito do público), à tutela administrativa, no âmbito

impessoal o interesse penalmente tutelado, conclui que é, “o direito à ação penal,²⁴¹ isto é, direito à prestação jurisdicional penal, *direito não subjetivo*, por ser tutelar de interesse impessoal do *público*”, seja ele exercido pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa.²⁴² Segundo este modo de pensar, a noção de que o direito subjetivo é expressão de um interesse pessoal, comum na doutrina civilista,²⁴³ retira da ação penal o caráter de direito *subjetivo*.

Por outro lado, sem negar a noção de *direito subjetivo público*, ante o fato de que o Estado, na modernidade, ganhou status de pessoa jurídica, afirma Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO – desde uma posição de negação da teoria geral do processo e dos conceitos subjetivistas daí decorrentes, como lide e pretensão – que ação penal é um direito subjetivo público de “provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”.²⁴⁴

Sem embargo, é possível dizer que a imputação da natureza de *direito subjetivo* à ação penal ainda não foi suficientemente problematizada pela doutrina processual penal, notadamente quando se constata que o discurso processual penal sobre a ação penal está colonizado pela linguagem do direito e do processo civil.

Há, porém, aqueles que reputam à ação penal a natureza de um *poder jurídico*. Neste sentido, embora sem prescindir por completo da noção de direito subjetivo, Giovanni LEONE afirma que

resumindo, agora, podemos dizer que a ação penal investe o órgão jurisdicional, o qual, por efeito dela, está obrigado a emitir a decisão; e investe também o sujeito em face de quem se requer a decisão (imputado), o qual resta sujeito ao efeito produzido pela promoção da ação penal, isto é, ao desenvolvimento do processo e à aplicação da lei penal. Traduzindo esta

de um chamado Direito Administrativo, e à tutela jurisdicional, no âmbito de um chamado Direito Judiciário, os quais contemporaneamente surgiram como ramos autônomos do então novo Direito Público” (*Id. Ibid.*, p. 15. Grifos no original).

²⁴¹ Não se olvide, pois, que segundo o pensamento de ALMEIDA, o direito de ação tem natureza substancial (Cf. ALMEIDA, J. C. M. **Processo... Op. Cit.**, p. 15).

²⁴² ALMEIDA, J. C. M. **Processo... Op. Cit.**, p. 17.

²⁴³ Segundo a lição de Orlando GOMES, “não se confundem os direitos subjetivos com os *direitos-deveres*, denominados *potesta* pelos italianos, isto é, os poderes atribuídos a um sujeito para a satisfação de interesses alheios que devem ser exercidos obrigatoriamente” (**Introdução ao direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 110). Ver, também, AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 189 e ss.; no ponto em que trata da *essência* do direito subjetivo.

²⁴⁴ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, p. 147.

constatação em fórmulas jurídicas, diremos que a ação se põe, em relação ao órgão jurisdicional, como direito subjetivo (público); e, em relação ao imputado, como direito potestativo.²⁴⁵

Apesar de precisa a lição do autor, como se viu, em relação à extensão do conceito de ação, não é possível concordar que a ação penal possa ter uma natureza dúplice: *direito subjetivo* em relação ao Estado e *poder jurídico* em relação ao acusado. Dois são os argumentos que sustentam a oposição a esta tese.

Primeiramente, convém lembrar que, na lição de CHIOVENDA, a ação do processo civil é um poder jurídico, ou direito potestativo, porque abriga uma noção de faculdade (ou potestade). Assim, ele fala em *poder*, ou *direito potestativo*, porque entende que compete somente ao autor decidir se “sujeitará” o réu. À evidência, considerando-se as observações feitas acima sobre o princípio da obrigatoriedade, esta ordem de idéias não é transferível ao processo penal.

Além disto, deve-se levar em conta que, como provocação à atuação jurisdicional, a ação não se dirige ao adversário, mas somente ao Estado-juiz. Por outro lado, o adversário estará sujeito, se for o caso, a um poder do Estado-juiz, não do autor.²⁴⁶ Se isto é verdade em relação ao processo civil, mais ainda será no processo

²⁴⁵ LEONE, G. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989, t. I, p. 131. [Tradução livre de: “*resumiendo ahora, podemos decir que la acción penal inviste al órgano de la jurisdicción, el cual, por efecto de ella, está obligado a emitir la decisión; e inviste también al sujeto frente al cual se requiere la decisión (imputado), el cual queda sujeto al efecto producido por la promoción de la acción penal, es decir, al desarrollo del proceso y a la aplicación de la ley penal. Traduciendo esta constatación a fórmulas jurídicas, diremos que la acción penal se pone, en relación al órgano jurisdiccional, como derecho subjetivo (público); y en relación al imputado, como derecho potestativo*”].

²⁴⁶ Hélio TORNAGHI tinha uma visão muito clara sobre isso, como demonstra ao falar, sem enfocar o processo penal, porém, da teoria chiovendiana: “Ora, afirma Chiovenda, o autor tem o poder de criar para o réu, mediante a atividade do órgão jurisdicional, determinados efeitos jurídicos a que o réu não pode subtrair-se; ele, réu, não tem nenhum dever jurídico para com o autor, no processo, mas lhe está inevitavelmente sujeito, no sentido de que não tem meios para impedir que o autor lhe crie determinadas situações. Logo, a ação é direito potestativo do autor contra o réu. Eu estaria pronto a curvar-me diante do grande, sumo e respeitável mestre Chiovenda, se realmente o autor tivesse aquele poder, se o réu lhe estivesse sujeito. Mas a verdade é que não está e, perdoem-me a ousadia, Chiovenda viu uma miragem. Quem tem o poder de criar direitos e obrigações para o réu, quem pode modificar-lhe a situação jurídica é o Estado, por intermédio do juiz. Pouco importa que se chame a esse poder direito potestativo ou apenas poder jurídico. (...). Amesquinhou o papel do juiz, fez dele apenas uma ferramenta na mão do autor. O judiciário é realmente uma máquina que o autor movimenta, mas há que ter em conta duas circunstâncias: primeira, quem tem o poder sobre o réu é a máquina; segunda, essa máquina é pensante e se ela achar que o autor está errado quando ele supõe

penal. Aqui, é preciso não ignorar que entre o oferecimento da denúncia e a sujeição do acusado ao processo penal, há o juízo de admissibilidade da acusação. Com efeito, não é pelo mero exercício da ação penal que o réu estará sujeito ao processo: o juiz só submeterá o réu ao poder jurisdicional (que, portanto, não é do autor) se entender que a acusação preenche os requisitos legais de admissibilidade. Neste sentido, a ação penal só poderia ser considerada um poder se não encontrasse qualquer limitação (voltando-se, assim, à noção chiovendiana de potestade), o que não é o caso.

2.6.3 *Sobre a abstração da ação penal “condenatória” e sua conexão com o caso concreto*

Com partida nas teorias estudadas acerca da ação no processo civil, especialmente a de LIEBMAN, reclama atenção um dado de extrema relevância teórica e, sobretudo, prática, no dia-a-dia dos tribunais. Trata-se de saber se a ação penal, em especial aquela que encerra uma acusação, admite a abstração que DEGENKOLB e PLÓSZ (ver tópico 2.3.3, *supra*) afirmaram em relação à ação no processo civil.

Na esfera privada, como se viu, já se manifestou negativamente parte da doutrina (ver tópico 2.3.5, *supra*). De fato, o que a teoria abstrata chama de ação, ensina LIEBMAN tratar-se, apenas, de seu fundamento constitucional. Para que haja ação, diz ele, deve o autor, também, demonstrar – ainda que se não exija dele a razão – uma situação objetiva (*concreta fattispecie*), de natureza substancial, que justifique a propositura da demanda. Esta demonstração se faria, segundo esta abordagem teórica, pelo preenchimento das condições da ação.

Para LIEBMAN, portanto, em relação à ação processual civil, “a abstração não deve ser entendida no sentido mais comum. No seu significado pleno e verdadeiro, a ação não compete, de fato, a qualquer um, e não tem um conteúdo genérico. Ao contrário, ela se refere a uma *fattispecie* determinada e exatamente individualizada.

estar certo, ainda que realmente quem esteja errado seja ela, o autor nada consegue contra o réu” (*Instituições... Op. Cit.*, 1977, v. I, pp. 294-295).

(...). Ela é, por isso, condicionada a alguns requisitos (que devem ser verificados, caso a caso, em via preliminar...)”, as condições da ação: interesse para agir, legitimação para agir e possibilidade jurídica.²⁴⁷

Em caso de ausência de pelo menos uma das condições da ação, “dá-se aquela que, com exata expressão tradicional, qualifica-se como carência de ação, e o juiz deve recusar-se a julgar sobre o mérito da demanda”.²⁴⁸ Em outras palavras, faltando uma das condições, não há ação.²⁴⁹ Por isso é possível, a LIEBMAN, negar o caráter completamente abstrato da ação no processo civil.

A teoria liebmaniana, no que diz com o processo penal, já serviu de ponto de partida, pelas razões abaixo expostas, para Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e, a partir dele, Marco Aurélio NUNES DA SILVEIRA, que não deixaram de fazer, todavia, no transporte, ressalvas ao seu conteúdo.²⁵⁰

Apesar disso, e na medida das críticas apresentadas à teoria de LIEBMAN, não parece possível negar o caráter abstrato da *ação penal “condenatória”*. De fato, oferecida a denúncia ou a queixa, reputa-se exercida a ação penal. Aqui, a falta das condições da ação não levará à inexistência de ação, nem tampouco prejudicará o seu

²⁴⁷ LIEBMAN, E. T. **Problemi...** *Op. Cit.*, p. 46. [Tradução livre de: “*l’astrattezza non va intesa nel senso più comunemente ricevuto. Nel suo significato pieno e vero, l’azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico. Al contrario, essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata. (...) Essa è perciò condizionata ad alcuni requisiti (che devono verificarsi caso per caso in via preliminare...)*”].

²⁴⁸ *Id. Ibid.*, pp. 46-47 [Tradução livre de: “*Mancando una di queste condizioni, si ha quella che, con esatta espressione tradizionale, si qualifica di carenza di azione, e il giudice deve rifiutarsi di provvedere sul merito della domanda*”].

²⁴⁹ Disso, LIEBMAN não deixa dúvida quando afirma que no caso de carência de ação, “não há um verdadeiro exercício da jurisdição, mas somente uso das suas formas para fazer aquela seleção preliminar (confiada, por necessidade, aos mesmos magistrados) que serve para excluir desde logo aquelas causas em que faltam as condições exigidas para o exercício do poder jurisdicional” (**Problemi...** *Op. Cit.*, p. 47). [Tradução livre de: “*In questo caso non c’è vero esercizio della giurisdizione, ma soltanto uso delle sue forme per fare quel vaglio preliminare (affidato per necessità agli stessi magistrati) che serve ad escludere in partenza quelle cause nelle quali fanno difetto le condizioni che si richiedono per l’esercizio della potestà giurisdizionale*”].

²⁵⁰ COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. Cit.*, pp. 148-149; NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, p. 33: “Entretanto, a despeito das críticas que a doutrina tem levantado à teoria eclética, parece que em relação ao processo penal, em função da indefectibilidade da jurisdição penal, e de ser aqui evidente a conexão do direito de ação a um caso concreto — traduzida na característica de instrumentalidade do direito de ação, na proposta de LIEBMAN —, impõe-se a adoção da ação liebmaniana, ressalvados, porém, os comentários quanto à lide, que se operaram no início do presente trabalho”.

exercício, mas apenas impedirá a atuação jurisdicional em relação ao caso penal.²⁵¹⁻²⁵²

A despeito disso, como intuiu Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a teoria liebmaniana, ao exigir a demonstração de uma situação concreta que justifique a propositura da ação, ressalta um dado tão importante quanto negligenciado na prática cotidiana dos tribunais: ainda que a ação seja abstrata, a atuação jurisdicional em relação ao caso penal depende da efetiva demonstração de que a acusação está concretamente conectada a um caso concreto.²⁵³

É verdade que somente ao final do *iter* processual se saberá se há crime e se alguma pena deve ser aplicada, mas é um requisito mínimo à submissão de um *cidadão* aos horrores do processo penal que a parte autora apresente uma situação concreta que justifique a atuação do Estado. Também aqui, como se verá, esta demonstração passa pelo preenchimento das *condições da ação*.

2.6.4 *Alguns resultados parciais dirigidos ao estudo das condições da ação penal*

De tudo o que se disse, ainda que não seja possível estabelecer um conceito definitivo para a ação penal, especialmente pela atual indefinição em relação à sua natureza jurídica, é, ao menos, possível recolher conclusões parciais que firmarão as bases para o estudo das *condições da ação*.

Da doutrina processual civil, são valiosas as noções de *autonomia* do direito de ação em relação ao direito material (aqui justificada por fundamentos diversos dos

²⁵¹ A doutrina processual civil, não é de hoje, já se manifestou em relação ao tema. Por todos, Humberto THEODORO JÚNIOR afirmou que “sempre haverá uma sentença para declarar que tais condições não ocorrem e, dessa forma, o direito de ação estará atendido pelo julgado que declarar a inexistência das supostas condições” (**Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 82, n. 292, 1985, p. 29).

²⁵² Também, neste sentido, Afrânio Silva JARDIM propõe que sejam chamadas condições para o exercício *regular* do direito de ação, eis que sua falta não implica a inexistência da ação penal e remete ao problema do abuso de direito (**Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31). Esta noção, todavia, não parece correta. Em verdade, não é possível dizer que sempre há abuso no exercício da ação quando o juiz entende que as condições da ação não estão presentes. Não é inconcebível que a opinião do órgão do Ministério Público em relação à presença das condições da ação, especialmente quanto ao lastro probatório mínimo, seja diversa da interpretação do magistrado, caso em que, por evidente, não é possível falar em abuso.

²⁵³ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, pp. 149-151.

processuais civis, remetendo-se o leitor ao tópico 1.3.1), que deve ser o ponto de partida de qualquer abordagem teórica sobre o tema, de *abstração* do direito de ação, porque o autor não precisa ter razão para provocar a atuação jurisdicional, e de *conexão instrumental com o caso concreto*, que, embora não prejudique a *existência* do direito de ação, tampouco seu *exercício*, representa o elemento que estabelece um limite à atuação jurisdicional – faltando uma das *condições da ação*, poder-se-ia dizer que a ação é infundada ou improcedente, embora existente e regularmente exercida, consequência do que é, simplesmente, a não atuação da jurisdição em relação ao caso penal.

Da contribuição dos processualistas penais ao tema, urge resgatar a noção de uma definição ampla de ação penal, que possa abarcar todas as modalidades em que a provocação à atuação jurisdicional se apresenta no direito processual penal, e buscar novos enfoques teóricos para explicar o problema de sua natureza jurídica.

Em termos bastante amplos, é possível definir a ação penal como *instrumento legal de provocação da atuação jurisdicional em relação a um caso penal*.

Se tal conceito não apresenta solução para todos os problemas teóricos que o tema engendra – aliás, como apontado acima, nunca se teve tal pretensão –, no que diz com o estudo do interesse de agir no processo penal, pode-se considerar que a base é suficiente.

2.7 Conclusões parciais

As páginas que antecedem foram dedicadas à problematização do atual nível de desenvolvimento do conhecimento sobre a ação no direito processual penal. Embora conclusões definitivas não estejam ao alcance – como se disse, falta à doutrina brasileira um trabalho de fôlego, que tenha como ponto de partida o próprio processo penal –, foram esboçadas algumas conclusões parciais, que podem ser aplicadas ao estudo das condições da ação e que vão aqui postas de forma sumária:

a) eis que a decisão em relação à aplicação de uma pena é sempre o resultado de um processo penal – em função da indefectibilidade da jurisdição penal –, o

discurso da proibição da autotutela dos direitos, fundamento da ação no processo civil, não se presta a refletir o fundamento político da ação penal, que, antes, reside na criação de uma situação concreta que favoreça o julgamento imparcial do caso penal;

b) a postura epistemológica tradicional – fundada na teoria geral do processo –, eis que, em geral, prescinde do estudo do fenômeno processual penal e utiliza, como ponto de partida, a teoria do direito processual civil, tem determinado importante atraso no desenvolvimento teórico da ação penal;

c) a despeito de a lei processual só tratar da *ação penal “condenatória”*, deve ser resgatada a estruturação do tema a partir de uma visão ampla, desde um enfoque teórico que se poderia chamar “teoria ampliada da ação penal”, que possa abarcar toda a diversidade de atos de *provocação da atuação jurisdicional em relação ao caso penal*,

d) à ampliação do conceito de ação penal, por força do princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat judex ex officio*), há que se reputar inconstitucional qualquer iniciativa do juiz no tocante à *atuação jurisdicional em relação ao caso penal*, inclusive, a título de exemplo, na decretação de prisões processuais;

e) o debate sobre a natureza jurídica da ação penal, a partir dos enfoques teóricos vigentes – que partem todos do direito processual civil –, em geral não vai além das posições tradicionais que lhe reputam a natureza de um *direito subjetivo* ou de um *poder jurídico* (ou *direito potestativo*). Ambas, porém, devem ser revisitadas em trabalho que aborde o tema desde uma abordagem processual penal autônoma;

f) sempre tomando como ponto de partida teórico o próprio direito processual penal, podem ser apropriadas algumas contribuições da teoria processual civil, como as noções de autonomia (que encontra fundamentos próprios no direito processual penal), abstração e conexão instrumental com o caso concreto (que assume um papel de garantia ao cidadão, dado pela exigência do preenchimento, na *ação penal em sentido estrito*, das *condições da ação penal*);

g) em termos bastante amplos, é possível definir a ação penal como *instrumento legal de provocação da atuação jurisdicional em relação a um caso penal*.

PARTE II
DO INTERESSE DE AGIR COMO CONDIÇÃO DE
ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

3 AS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: UMA NOVA SISTEMÁTICA

A investigação sobre a possibilidade de adequação ao direito processual penal do *interesse de agir* – no processo civil, um requisito à admissibilidade do julgamento do pedido (LIEBMAN) – é o que se pretende, por ora, empreender. Para que isto seja possível, porém, desde os fundamentos teóricos fixados nos capítulos anteriores, há que se resgatar, primeiramente no direito processual civil, o conteúdo das condições da ação propostas por LIEBMAN e apropriadas pela Escola Paulista de Processo no âmbito da *teoria geral do processo*. Depois, faz-se mister problematizar sua exportação para a ação penal e, sobretudo, verificar se bem traduzem e explicam o fenômeno processual penal.

Ao começar pelo pensamento liebmaniano, impossível é deixar de fazer referência ao fato de que algumas de suas primeiras publicações relativas ao tema das questões prévias ao exame do mérito, entre elas as condições da ação, são do período de sua estada no Brasil, como docente da Universidade de São Paulo.

De fato, no artigo “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, de 1945, LIEBMAN discute o papel do despacho saneador no processo civil brasileiro,²⁵⁴ que identifica na cisão entre as decisões de mérito e sobre as questões prévias e preliminares ao seu conhecimento. Esta cisão, segundo o autor, é conveniente por razões ligadas à eficiência da instrução e do exame da lide submetida a julgamento, fazendo-se necessário que o juiz, ao examinar o mérito, não se veja instado a resolver problemas inerentes à regularidade e validade do processo. E, assim, invocando o princípio da economia processual, sugere

que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia senão depois de abrir e desembaraçar o

²⁵⁴ Afirma LIEBMAN que o despacho saneador é uma inovação em matéria processual civil introduzida pelo legislador português e brasileiro. (**O despacho saneador e o julgamento do mérito**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945, p. 216).

caminho por meio da *depuração*, do *saneamento* do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo.²⁵⁵

A identificação de tais “falhas, defeitos e dúvidas” quanto à regularidade e validade do processo decorre de um juízo negativo em relação ao que pode ser considerado como matéria de mérito. Assim, em LIEBMAN, as questões prévias vão reveladas pelo fato de não integrarem o *meritum causae*, que o autor identifica como a lide. Em suas palavras, “lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor”.²⁵⁶

Desde este ponto, LIEBMAN classifica as questões prévias em quatro categorias: os *pressupostos processuais*, cuja falta torna irregular e, por isso, inviável a relação processual, e que são a competência do juiz, a capacidade das partes e a ausência de situações impeditivas do processo, como, entre outras, a litispendência, o compromisso arbitral e a suspeição do juiz; as *nulidades* dos atos processuais; as *situações terminativas* do processo, que se referem a fatos ou circunstâncias que, embora não configurem nulidades, facultam ao réu requerer a extinção do processo sem resolução de mérito²⁵⁷; e as *condições da ação*.²⁵⁸

Para o professor peninsular, as *condições da ação* são “requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito”.²⁵⁹ Note-se que para o autor, a falta de uma delas leva à inexistência do direito de ação (que denomina *carência de ação*): “Só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a

²⁵⁵ LIEBMAN, E. T. *O despacho... Op. Cit.*, p. 216.

²⁵⁶ *Id. Ibid.*, p. 223.

²⁵⁷ LIEBMAN não cita exemplos de tais situações terminativas. No atual Código de Processo Civil, entretanto, algumas delas estão previstas no art. 267, como no inciso III, apenas a título de exemplo, o abandono da causa pelo autor por mais de 30 (trinta) dias, por não promover os atos e diligências que lhe competir.

²⁵⁸ LIEBMAN, E. T. *O despacho... Op. Cit.*, pp. 223-225.

²⁵⁹ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, p. 203.

necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la”.²⁶⁰

Este é o momento em que, no direito processual civil brasileiro, surge a noção de *condições da ação*, que influenciaria várias gerações de juristas nacionais.²⁶¹ De fato, apesar de recentemente uma série de críticas ter sido oposta à teoria eclética da ação na esfera processual civil,²⁶² é evidente que ela ainda ocupa uma posição de hegemonia entre os processualistas civis. A despeito disso, mesmo entre os que sustentam a teoria eclética da ação, há certas ressalvas que se opõem de forma quase unânime ao pensamento liebmaniano, que podem ser bem apresentadas pelas controvérsias doutrinárias que engendram.

O primeiro de tais problemas diz com a “correta localização das condições da ação: ou seja, integrariam elas o *meritum causae* ou constituiriam realmente um *tertium genus*, situado entre este e os pressupostos processuais[?]”.²⁶³ Tais correntes de pensamento foram chamadas, respectivamente, teorias do *binômio* e do *trinômio*. Embora a adesão ao pensamento liebmaniano, como já se disse, seja majoritário,²⁶⁴ há autores que adotam a teoria do binômio, como CHIOVENDA,²⁶⁵ e alguns tantos que reconhecem apenas algumas das condições da ação de LIEBMAN como tal.²⁶⁶

Ainda, com grande relevância para a correta compreensão acerca do instituto

²⁶⁰ *Id. Ibid.*

²⁶¹ Como se disse, tal foi a influência de LIEBMAN na doutrina brasileira que suas condições da ação foram incorporadas ao Código de Processo Civil de 1973 (art. 267, VI).

²⁶² Entre vários outros, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, pp. 174 e ss.; SILVA, O. B.; GOMES, F. **Teoria geral... Op. Cit.**, pp. 124 e ss.

²⁶³ GRINOVER, A. P. **As condições... Op. Cit.**, 1977, p. 27.

²⁶⁴ Por todos, ver: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Despacho... Op. Cit.**, p. 225; BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 111; GRINOVER, A. P. **As condições... Op. Cit.**, 1977, p. 29; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II, p. 38; TORNAGHI, H. B. **Instituições... Op. Cit.**, 1977, p. 406; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.

²⁶⁵ CHIOVENDA (**La acción... Op. Cit.**, pp. 20 e ss.) adota a concepção de ação como direito concreto, corolário da qual é a integração das condições da ação ao mérito. Ver, sobre isto, LIEBMAN, E. T. **Despacho... Op. Cit.**, p. 224. Também, representando a teoria do binômio, entre outros, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil de 1939**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 405. Ainda, sem comprometimento com a teoria concreta da ação, SILVA, O. B.; GOMES, F. **Teoria geral... Op. Cit.**, pp. 124 e ss.

²⁶⁶ Como Galeno LACERDA (**Despacho Saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 79), que considera, ao menos, a legitimação *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito.

da ação, e da decisão do juiz em relação a ela, há controvérsia doutrinária, já mencionada de passagem, que vai bem explicitada por CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “(...) quando faltar uma só que seja das condições da ação, diz-se que o autor é *carecedor* desta. Doutrinariamente há quem diga que, nessa situação, ele não tem o direito de ação (ação inexistente); e quem sustente que lhe falta o direito ao exercício desta”.²⁶⁷ Neste ponto, a doutrina tende, a dizer que as condições da ação são requisitos ao exercício do direito de ação, sob o argumento de que a ausência delas não modifica o fato de que a ação existe e foi apreciada pelo juiz. Esta é a lição de Humberto THEODORO JUNIOR, ao afirmar que “sempre haverá uma sentença para declarar que tais condições não ocorrem e, dessa forma, o direito de ação estará atendido pelo julgado que declarar a inexistência das supostas condições”.²⁶⁸

Em verdade, porém, diferentemente do que sugerem CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, o problema da ausência das condições da ação não prejudica a existência deste direito, tampouco o seu exercício. Aqui, importa não confundir *exercício* com *obtenção da tutela jurisdicional*.²⁶⁹ De fato, no processo civil, como direito à jurisdição, a ação é ilimitada no sentido do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXV, CR/88). Por este motivo, não há que se falar em condições ao exercício do direito de ação, mas sim à obtenção da tutela jurisdicional por meio dele. De fato, desde este ponto de vista, na falta de uma delas, deve o juiz deixar de apreciar o mérito. A despeito disso, moveu-se a jurisdição, ou seja, exerceu-se a ação.

Apesar de tais observações críticas que se opõe a LIEBMAN, é possível concluir que as condições da ação, no processo civil, são requisitos à obtenção da tutela jurisdicional, que têm fundamento em considerações de economia processual e cuja falta prejudica a análise do mérito. Restaria ter presente – e bem definido, para não se ter dúvida – o que significa (no processo civil brasileiro) essa “obtenção da tutela jurisdicional”, ou seja, ter jurisdição no sentido de ter acesso a ela ou, por outro lado, ser vitorioso na lide. Tal resposta não é fácil de encontrar, inclusive em face da pobreza filosófica que acompanha o desenvolvimento teórico daquela disciplina

²⁶⁷ CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria... Op. Cit.*, 1979, p. 224.

²⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, H. *Pressupostos... Op. Cit.*, p. 29.

²⁶⁹ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 148.

jurídica. Como parece lógico, porém, à luz da lição de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO,²⁷⁰ a tutela – em face da natureza da ação – não pode dizer com o mérito, antes, com ela mesma, a ação. Entender só isso já ajudaria muito a destrinchar o emaranhado de um cipoal lingüístico produzido por uma longa racionalidade decorrente da Filosofia da Consciência.

3.1 As condições da ação em espécie, segundo o pensamento liebmaniano

De acordo com a lição de LIEBMAN, especialmente em suas obras dos anos 1940, as condições da ação, para além das chamadas condições negativas,²⁷¹ são a *possibilidade jurídica*, a *legitimação* e o *interesse de agir*.²⁷² Nos trabalhos mais recentes sobre o tema, porém, LIEBMAN modificou seu rol de condições da ação, limitando-o àquelas duas últimas. As circunstâncias de tal modificação serão abordadas posteriormente.

A propósito disto, importa repisar que o tratamento das condições da ação liebmanianas em seu local de origem, o direito processual civil, é pressuposto fundamental à compreensão do problema de sua importação, como faz a doutrina monista majoritária, ao direito processual penal, e da crítica a esta postura epistemológica. Neste sentido, desde logo, é de ressaltar que o autor deduz cada uma de suas condições da ação, segundo a idéia de conexão instrumental com o caso concreto (ver tópico 2.3.5, *supra*), do conceito de lide: “as condições, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito”.²⁷³

²⁷⁰ Exposta em comunicação epistolar privada.

²⁷¹ Nos textos inaugurais de LIEBMAN sobre o tema das condições da ação, entre eles o “Despacho saneador e o julgamento do mérito” (1945) e os “Estudos sobre o processo civil brasileiro” (1947), além das condições “positivas” da ação, o autor fala de condições negativas da ação: “Além disso, inclui-se na mesma categoria a falta de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a perempção da ação conseqüente a três absolvições da instância (art. 204 do Cód. de Proc. Civil), e de fatos suspensivos da ação, como o *beneficium excussionis*” (*O despacho... Op. Cit.*, p. 223).

²⁷² LIEBMAN, E. T. *Despacho... Op. Cit.*, p. 223.

²⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 139.

3.1.1 Possibilidade jurídica

Segundo afirma LIEBMAN, a possibilidade jurídica diz com “a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por ex., um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento. (...). Nesses casos o juiz nem deve conhecer da lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor”.²⁷⁴

Em outra passagem, ensina que a *possibilidade jurídica* é “a admissibilidade em abstrato do provimento reclamado, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.²⁷⁵

Nas palavras de José Frederico MARQUES, “há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere a providência admissível pelo direito objetivo. O autor, como diz Galeno LACERDA, ‘só será titular do direito subjetivo público de ação se, em tese, o direito objetivo material admitir o pedido’”.²⁷⁶

Em sentido muito parecido com o dado por LIEBMAN – o que poderia levar à especulação de que esta é uma de suas influências ao enunciar a *possibilidade jurídica* como condição da ação –, Heinrich DEGENKOLB estabeleceu um requisito de existência do direito de ação, na seara da teoria abstrata, relacionado à adequação jurídica da demanda. Mesmo sem preocupação imediata com o juízo de admissibilidade da ação, como já se viu, aquele autor afirma que só a tem o cidadão que – além de agir de boa-fé –, puder invocar uma norma legal em seu favor, no sentido da demanda juridicamente relevante (“*rechtlich erheblichen Klagbehauptung*”).²⁷⁷

Retomando-se o pensamento liebmaniano, vale mencionar que, embora tenha o autor, inicialmente, indicado a admissibilidade do provimento jurisdicional

²⁷⁴ LIEBMAN, E. T. *Despacho...* *Op. Cit.*, pp. 223-224.

²⁷⁵ LIEBMAN, E. T. *Problemi...* *Op. Cit.*, p. 46. [Tradução livre de: “*l’ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell’ordine giuridico nazionale*”].

²⁷⁶ MARQUES, J. F. *Instituições...* *Op. Cit.*, v. II, p. 39.

²⁷⁷ DEGENKOLB, H. *Einlassungszwang...* *Op. Cit.*, p. 41.

pretendido como condição da ação, na 3ª edição de seu “*Manuale di diritto processuale civile*” (publicada em 1973), volta atrás e, ante a entrada em vigor da lei do divórcio (Lei 898, de 01/12/1970), na Itália, como relata Cândido Rangel DINAMARCO, sente-se “desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda); e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha à lume o Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de LIEBMAN, com as suas três condições, surgia também o novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas”.²⁷⁸

Em verdade, aqui, faltou a LIEBMAN vislumbrar o fato de que nem sempre o pedido do autor estará amparado, expressamente, pela lei. O que importa, porém, é que ele não esteja vedado.

Neste sentido, Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO, com inegável precisão, demonstra o equívoco de LIEBMAN ao conceituar a possibilidade jurídica do pedido em termos positivos (admissibilidade). De certo modo, diante da ironia mencionada por Cândido Rangel DINAMARCO, o autor paranaense devolve o sentido ao dispositivo do Código de Processo Civil que a estabelece como condição da ação. De fato, nas palavras de MONIZ DE ARAGÃO, “o Direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito”.²⁷⁹ Desde aqui, “a possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de

²⁷⁸ LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. Cit.**, v. I, p. 204, nota do tradutor n.º 127 (Cândido Rangel Dinamarco).

²⁷⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 522: “Desde as Ordenações do Reino (Afonso de Albuquerque, L. II, T. VIII; Manuelinas, L. II, T. V; Filipinas, L. III, T. LXIV), passando pela Lei da Boa Razão (18 de agosto de 1769), sempre foi tida em consideração a possibilidade de o ordenamento jurídico não conter a solução para determinado caso concreto, ocasião em que o juiz recorre a outros subsídios (Constituição de 1934, art. 113, n.º 37; Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 5.º e 7.º, na redação de 1916, 4.º na de 1942; Código de 1939, arts. 113 e 114, neste, art. 126).”

impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação”.²⁸⁰

3.1.2 *Interesse de agir*

Embora seja o *interesse de agir*, em sua adequação ao direito processual penal, o tema central desta pesquisa, sendo-lhe reservado todo o capítulo final, faz-se aqui necessário, ao menos, apresentar noções básicas sobre a condição da ação que serve, na lição de LIEBMAN, de base para a compreensão do problema da *legitimação para agir* no processo civil.

Segundo o autor, o *interesse de agir* é revelado pelo requisito da *utilidade* do provimento, ou, como ensina, é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.²⁸¹ Ainda, reputa-lhe o papel de elemento material do direito de ação, eis que diretamente vinculado à lide, o conflito substancial de interesses: “A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo”.²⁸²

A influência de WACH, aqui, é evidente, considerando-se que LIEBMAN propôs uma síntese das teorias da ação então vigentes. De fato, embora o pai da *Escola Processual de São Paulo*, segundo o epíteto que lhe concedeu Cândido Rangel DINAMARCO, não estivesse comprometido com as conclusões da teoria concreta da ação, a afirmação de que o autor precisa demonstrar ter um conflito de interesses concreto fora do processo é a parcela de sua teoria devida aos concretistas.

A despeito disso, é fundamental ressaltar que o *interesse de agir* é distinto do

²⁸⁰ *Id. Ibid.*, p. 527.

²⁸¹ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, p.207.

²⁸² LIEBMAN, E. T. *Estudos... Op. Cit.*, p. 141. É digno de nota, porém, que numa primeira concepção, presente em “O despacho saneador e o julgamento de mérito”, LIEBMAN vincula o interesse de agir à existência do conflito de interesses fora do processo. Posteriormente, para melhor diferenciar a condição da ação do problema do mérito, o autor passa a falar em interesse de agir como fruto da afirmação da lesão ao direito material. Esta sutil mudança no pensamento liebmaniano será aprofundada no último capítulo.

interesse substancial do qual decorre.²⁸³ Neste sentido, GRINOVER ensina que o *interesse material* (interesse em lide, ou primário) não deve ser confundido com o *interesse processual* (interesse na “composição” da lide, ou secundário), que diz com “conseguir, pelos órgãos da Justiça e através de sua atividade, a satisfação do interesse material”.²⁸⁴

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, em desenvolvimento ao pensamento liebmaniano, indicam que o *interesse de agir* vai consubstanciado no binômio *necessidade-adequação*. Deste modo, além de se fazer *necessário* (interesse-necessidade) o recurso à tutela jurisdicional (como único meio à satisfação do direito material), exige-se *adequação* (interesse-adequação) entre o provimento judicial pretendido e a situação lamentada pelo autor (os autores citam, como exemplo de ausência do interesse-adequação, a cobrança de créditos pecuniários por meio do mandado de segurança).²⁸⁵

Um terceiro critério para a determinação do *interesse de agir*, que já havia sido indicado por LIEBMAN²⁸⁶ e recebeu seus contornos atuais da doutrina vinculada à corrente liebmaniana de pensamento, trata-se do *interesse-utilidade*, caracterizado por “não basta[r] ao interesse ser ‘necessário’ e ‘adequado’; também é fundamental ser útil, trazer um benefício prático-jurídico ao interessado. Ambos os critérios acima aludidos (‘necessidade’ e ‘adequação’) têm como pano de fundo a noção de utilidade”.²⁸⁷

Estas noções são meramente introdutórias e focadas exclusivamente na lição de LIEBMAN e seus sucessores, diante do já mencionado fato de ser este autor a base da *teoria geral do processo* sustentada (infelizmente) no Brasil. O problema do interesse de agir é, todavia, na legislação e doutrina italianas, anterior a LIEBMAN, de modo que o tema será retomado com maior profundidade no último capítulo.

²⁸³ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, p.206.

²⁸⁴ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 1977, p. 87.

²⁸⁵ CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R. *Teoria... Op. Cit.*, 1979, p. 223.

²⁸⁶ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, p.207.

²⁸⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

3.1.3 Legitimação para agir

A condição da ação denominada por LIEBMAN, na prolusão de Turim, de *legitimação para agir*, que também é conhecida como *legitimatío ad causam*, é equivalente à “pertinência subjetiva da ação àquele que a propõe e em relação à outra parte”,²⁸⁸ ou, com o mesmo sentido, à titularidade ativa e passiva da ação.²⁸⁹ Isto é, a legitimidade para agir diz com o reconhecimento pela ordem jurídica de que o autor e o réu são as pessoas com titularidade para propor (ativa) e para contestar (passiva) a providência demandada.²⁹⁰

Neste sentido, é de se notar que a presente condição da ação, na lição de LIEBMAN, também decorre diretamente do conceito de lide e deve ser deduzida do interesse de agir: “o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva”.²⁹¹

Como consequência, em regra, somente é parte legítima para a propositura da ação aquela que pode reclamar a tutela jurisdicional com referência ao interesse material, em conflito, do qual é titular. De fato, assim estabelece o Código de Processo Civil, em seu art. 6º, no que diz com a legitimidade ativa, ao prescrever que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Sem embargo, porém, há hipóteses excepcionais em que a lei autoriza uma pessoa a acionar, na defesa de direito alheio, em nome próprio. São os casos de *legitimação extraordinária*, ou *substituição processual*. Desde logo, LIEBMAN esclarece que são situações que se não confundem com a *representação*, em que o representante exerce a ação em nome do representado, não sendo, propriamente, parte na causa. Por sua vez, o substituto processual postula, em nome próprio, eis que a lei

²⁸⁸ LIEBMAN, E. T. **Problemi...** *Op. Cit.*, p. 46. [Tradução livre de: “*l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte*”].

²⁸⁹ LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. Cit.*, v. I, p.208.

²⁹⁰ LIEBMAN, E. T. **Despacho...** *Op. Cit.*, p. 224.

²⁹¹ LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. Cit.*, v. I, p.208.

lhe reconhece um *especial interesse pessoal*, ação que, em princípio, competiria a outrem. São exemplos de legitimação extraordinária, citados pelo autor, entre outros, a ação de nulidade do casamento promovida pelos ascendentes próximos ou por outros interessados e a ação de impugnação do reconhecimento do filho, movida por terceiros interessados. LIEBMAN fala, ainda, em *substituição oficiosa*, nos casos em que o Ministério Público recebe legitimação para agir, no processo civil.²⁹²

Já, agora, em relação à legitimidade passiva, como ensina LIEBMAN, “tratando-se [a ação] de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, apareça como titular de um interesse oposto – ou seja, aquele em cuja esfera jurídica o provimento pedido deverá produzir efeitos”.²⁹³

Ainda que de forma breve, restam apresentadas as condições da ação que LIEBMAN propôs na seara processual civil, além de seu conteúdo aperfeiçoado pela doutrina brasileira filiada ao pensamento daquele autor. Embora esta parcela da doutrina sustente que as condições da ação processual civil são as mesmas no direito processual penal, é importante submeter tal conclusão à apreciação crítica.

3.2 Do direito processual civil ao direito processual penal: comentários sobre a (in)adequação da doutrina liebmaniana

Já se disse que a transferência indiscriminada de conceitos processuais civis ao direito processual penal, notadamente quando a finalidade disso é sustentar uma teoria unitária do processo, tem servido para limitar o desenvolvimento de enfoques teóricos mais adequados à seara penal.

A autonomia científica do direito processual penal em relação ao direito penal já é reconhecida e aceita: *Cenerentola*, agora, não quer mais as roupas usadas de sua outra irmã, a ciência do processo civil. De fato, é preciso, de uma vez por todas, compreender que a *teoria geral do processo* é a teoria do direito processual civil, e sua imposição ao conhecimento processual penal só faz ignorar as diferenças e produzir

²⁹² LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, pp. 211-212.

²⁹³ *Id. Ibid.*, p. 209.

incoerências que têm reflexo imediato na vida das pessoas.

Importa, ainda, perceber que as condições da ação penal são o filtro que protege o cidadão de ser submetido injustamente ao processo penal, que, diga-se de passagem, por si só já pode ser considerado uma pena, como disse CARNELUTTI em suas “*Lezioni sul processo penale*”. Por essa razão há que se ter muita clareza sobre o objeto do juízo de admissibilidade da ação penal e, neste sentido, parece de todo inadequado procurar na teoria do direito processual civil os elementos filtrantes que, antes, devem ser encontrados na legislação processual penal.

A despeito disso, segue a doutrina do processo civil-penal, majoritária entre os processualistas penais, em invocação à *teoria geral do processo*, a operar a transferência das condições da ação vigentes no direito processual civil.²⁹⁴⁻²⁹⁵

Sem embargo, porém, da crítica àquela postura epistemológica, especificamente em relação ao tema das condições da ação, já se manifestaram Antonio Acir BREDÁ²⁹⁶ e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO.²⁹⁷ O primeiro deles, como se verá, propôs que as condições da ação penal devem ser explicadas desde os dispositivos do Código de Processo Penal que disciplinam o juízo de admissibilidade da acusação, em detrimento da teoria unitária; e o segundo tratou de aperfeiçoar a sistemática proposta por BREDÁ.

No mesmo sentido, Maria Thereza Rocha de Assis MOURA diz que, em

²⁹⁴ Em adesão a essa posição, o Projeto de Lei do Código de Processo Penal (n. 1.655, de 1983) estabelece, no art. 203: “Além das previstas em lei, são condições para o exercício da ação penal: I – a legitimidade das partes; II – o interesse de agir; III – a descrição de fato penalmente ilícito.”

²⁹⁵ Representam esta corrente, além de outros, MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. Cit.*, v. I, p. 318; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito...** *Op. Cit.*, p. 54; TOURINHO FILHO, F. C. **Processo...** *Op. Cit. penal*, p. 516; TUCCI, R. L. **Teoria...** *Op. Cit.*, pp. 89-95; CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria...** *Op. Cit.*, 1979, p. 256; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Condições da ação penal**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 3, n. 9, 1978, jan./mar., p. 169; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. *Garantias Constitucionais e Processo Penal* (Coord. Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 187-201.

²⁹⁶ BREDÁ, Antonio Acir. **Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal**. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, jul-dez, 1973, pp. 57-58.

²⁹⁷ “A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental — a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição — observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos.” (COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. Cit.*, p. 146).

relação às condições da ação penal, é “de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil”.²⁹⁸

Também, na Itália, esta é a lição de Franco CORDERO: “Lembre-se ainda que, para os cultores do processo civil, a ação, por antonomásia, é o poder de provocar uma decisão de mérito; e, assim, diz-se que é desprovido de ação quem invoca um provimento de conteúdo juridicamente impossível ou não é legitimado ou não tem interesse de agir. Conceitos do gênero não podem ser transpostos ao processo penal”.²⁹⁹

Sem embargo de tais exceções, considerando-se os fins da presente investigação, faz-se necessário demonstrar as circunstâncias da transferência das condições da ação civil à ação penal, com a indicação do conteúdo que, aqui, a doutrina civil-penal lhes confere. Logo após, perquirir-se-á, desde os pressupostos epistemológicos da pesquisa, se tais condições da ação estão adequadas aos fenômenos processuais penais e aptas a cumprir a função de filtrar a admissibilidade da ação penal.

Antes de tudo, porém, em relação ao que foi discutido no capítulo anterior, convém lembrar que as “condições da ação penal” não dizem com a existência da ação penal e não representam limite ao exercício. Antes, são requisitos legais de admissibilidade da acusação, no sentido de que condicionam a atuação jurisdicional em relação ao acerto do caso penal, e serão aqui estudadas exclusivamente em relação à *ação penal em sentido estrito*.

²⁹⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

²⁹⁹ CORDERO, F. **Procedura... Op. Cit.**, 1966, p. 35 [Tradução livre de: “*Si rammenti ancora che per i cultori del processo civile l'azione per antonomasia è il potere di provocare una decisione di merito; e così si dice che sia privo di azione chi invoca una pronuncia di contenuto giuridicamente impossibile o non è legittimato o non ha interesse ad agire. Concetti del genere non si possono trasporre nel processo penale.*”]

3.2.1 A admissibilidade do provimento jurisdicional pleiteado é condição da ação penal?

Sobre a *possibilidade jurídica* como condição da ação penal, no seio da Escola Processual de São Paulo, afirmou José Frederico MARQUES que encontra fundamento no art. 43, I, do Código de Processo Penal (“Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; [...]”) e está presente quando “a pretensão do autor se refere a providência admissível pelo direito objetivo”.³⁰⁰ Neste sentido, quando a inicial acusatória narrar fato atípico, ante a impossibilidade de aplicação de sanção penal, faltar-lhe-á *possibilidade jurídica do pedido*.³⁰¹

Note-se como esta noção de MARQUES se adapta perfeitamente ao conceito liebmaniano de *possibilidade jurídica* no direito processual civil, que vai descrito, em termos positivos, como *admissibilidade* do provimento jurisdicional pleiteado. Conceito este que já foi, lá, alvo da crítica de MONIZ DE ARAGÃO (ver tópico 3.1.1, *supra*). De fato, como se viu, a *possibilidade jurídica*, no que diz com a ação processual civil, não pode ser considerada em tais termos. Antes, deve ser compreendida, para ter coerência, em termos negativos, isto é, há possibilidade jurídica do pedido quando este não é vedado pela lei.

Sendo evidente que esta fórmula não é aceitável – nem imaginável – ao processo penal, eis que a imputação só é possível em relação a fato positivamente previsto como crime na legislação penal (*nullum crimen sine lege*), conclui-se que o conteúdo da “mesma” condição da ação é – e deve ser – diverso nos dois ramos do direito processual.

A toda evidência, pois, são coisas distintas, do que se conclui que a utilização da mesma denominação é não mais do que um recurso à manutenção do discurso teórico unitário, mas sem um referencial semântico adequado.

³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos... Op. Cit.**, v. I, p. 318.

³⁰¹ *Id. Ibid.*

Em suma, como se procurou demonstrar, LIEBMAN elaborou a *possibilidade jurídica do pedido* em termos positivos (admissibilidade); e tal posição foi rejeitada pela doutrina brasileira (e pelo próprio LIEBMAN, posteriormente, ao negá-la). Como demonstrou MONIZ DE ARAGÃO, na seara processual civil, única conceituação possível daquela condição da ação é a que aborda a questão de um ângulo eminentemente negativo. Segundo a lição de COUTINHO, porém, “no nosso processo penal, a tese da possibilidade jurídica é inaceitável, porque o requisito, visto pelo ângulo da tipicidade — não precisa ir longe para compreender que quando o art. 43, I, do CPP fala de crime, está tratando do tipo — necessariamente deve ser conceituado de *modo positivo*. Em outras palavras: para o autor ver procedente a ação, deve levar ao juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponda a um tipo legal”.³⁰²

Sobre o tema da *possibilidade jurídica do pedido* no processo penal, também tem relevância afirmação de Ada Pellegrini GRINOVER, para quem, não só esta, mas todas as condições da ação, devem ser perquiridas exclusivamente com base no que foi alegado pelo autor (teoria da “*prospettazione*”, ou, como ela denomina, da *apresentação*).³⁰³ Em outras palavras, a autora desconecta as condições da ação da situação concreta, afastando-se — como admite — da teoria liebmaniana da ação, fundada na noção de conexão instrumental com o caso concreto.

No que diz com o art. 43, I, do Código de Processo Penal, porém, impensável é a adoção desta teoria da “*prospettazione*”. De fato, aquele dispositivo reclama análise concreta do caso penal, ainda que provisória, não se limitando à adequação textual da denúncia ao tipo penal: estabelecida a rejeição da denúncia nos casos em que o fato narrado *evidentemente* não constitui crime, é natural que se exija do juiz análise que vai além do descrito na inicial. Em outras palavras, deve-lhe ser possível, no mínimo, dizer que há uma concreta situação de dúvida a sugerir, ao menos aparentemente, a existência de um crime. Esta é a lição de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, que será desenvolvida no tópico 3.3.1, *infra*.

³⁰² COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. Cit.*, p. 150.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 69, 2007, p. 182.

Recentemente, em mais um esforço de justificação da teoria geral do processo, Ada Pellegrini GRINOVER, inclusive em revisão a alguns de seus posicionamentos iniciais sobre o tema (expostos na monografia “As condições da ação penal”, publicada em 1977), envidou esforços ao enquadramento de todas as hipóteses concebidas pela doutrina como condições da ação penal em uma das três condições enunciadas por LIEBMAN. No conteúdo da *possibilidade jurídica*, nesta nova leitura, a autora insere a *tipicidade do fato narrado*, a *justa causa* e todos os requisitos legais de admissibilidade que a doutrina denomina *condições específicas da ação penal*.³⁰⁴

Todavia, é importante perceber que a *tipicidade do fato narrado*, como a própria autora havia sustentado antes,³⁰⁵ é matéria de mérito, que se não confunde com a *possibilidade jurídica* (e tampouco com a *tipicidade aparente*, que será descrita na sequência). A *justa causa*, por seu turno, é condição da ação que diz com a presença do lastro mínimo probatório, que indica que a acusação encontra sólida relação com uma situação fática concreta que justifica a movimentação da jurisdição: sendo assim, eis que a autora entende que as condições da ação devem ser analisadas exclusivamente em face do alegado pelo autor, como pode o juiz apreciar o material probatório em sede de análise da *possibilidade jurídica*? Evidentemente que se trata de critérios de juízo distintos. O tema da *justa causa*, bem como o das *condições específicas da ação penal*, será, também, retomado abaixo, por ocasião da apresentação de uma sistemática em relação às condições da ação que prescinde dos conceitos pré-formatados da *teoria geral do processo*.

Por tudo, a *possibilidade jurídica* não se presta ao juízo de admissibilidade da ação penal, que deve ser realizado segundo diferentes exigências fático-legais; ela é uma coisa no processo civil e outra diferente no processo penal, o que desaconselha a utilização da mesma designação terminológica. Não se olvide que Ada Pellegrini GRINOVER, sempre em nome da teoria unitária, sustenta que “o valor e o significado das condições da ação devem ser os mesmos no processo civil e no processo penal”,³⁰⁶ fato que, no caso, não se apresenta e nem se sustenta.

³⁰⁴ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 2007, pp. 188-195.

³⁰⁵ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 1977, pp. 69 e 72.

³⁰⁶ *Id. Ibid.* p. 187.

3.2.2 *A titularidade ativa para a provocação da atuação jurisdicional em relação ao caso penal e a pertinência subjetiva da ação*

Ninguém pode duvidar que a *legitimidade da parte* é condição à admissibilidade da ação penal quando o art. 43, III, 1ª parte, do Código de Processo Penal o diz expressamente. Todavia, em seu estudo, é imprescindível deixar de lado as raízes na *lide* e na *teoria geral do processo*. Diferentemente do que apregoa GRINOVER,³⁰⁷ o conceito geral de legitimação não se aplica à ação penal: os critérios para distinguir a parte legítima, nos dois ramos do direito processual, são distintos.

Como disse LIEBMAN, no processo civil, a *legitimação para agir* decorre do conflito material de interesses: a parte legítima para propor a demanda é aquela que pode pretender um direito material em face de outra.³⁰⁸ Não sem razão o já citado art. 6º, do Código de Processo Civil, estabelece que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio. E assim é porque se está em lide, como se extrai do conceito de “parte legítima” de José Frederico MARQUES: “Se é parte todo aquele que pode movimentar o aparelhamento jurisdicional do Estado, parte legítima só o será o sujeito processual que também for titular de um dos interesses em lide”.³⁰⁹

No processo penal, por seu turno, o problema é de outra ordem. O Ministério Público e o querelante não são os titulares do poder de punir, e o primeiro sequer figura na relação substancial de direito penal, se, como pretendem, ela existisse. Antes, a legitimidade das partes, no processo penal, é um problema eminentemente legal: a própria lei diz quem tem, segundo a natureza do crime, titularidade para a ação penal, independentemente de qualquer outra consideração.

Diante de tais objeções, Ada Pellegrini GRINOVER – afastando-se de LIEBMAN – modificou seu conceito de legitimidade para agir e passou a sustentar sua desvinculação em relação ao interesse de agir. Com isso, sugere que a legitimidade é “o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as

³⁰⁷ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 2007, p. 197.

³⁰⁸ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, pp. 208.

³⁰⁹ MARQUES, J. F. *Instituições... Op. Cit.*, v. II, p. 133.

pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.³¹⁰

E, a partir deste “novo” conceito de legitimidade, em relação ao direito processual penal, afirma que “a ação penal condenatória só pode ser proposta pelo titular da pretensão condenatória, e em face daquele que é titular da resistência, ou seja da defesa. Assim sendo, legitimado ativo à ação penal condenatória, no Brasil, é o Ministério Público, na ação penal pública (legitimação ordinária) e o ofendido (legitimação extraordinária), na ação penal privada”.³¹¹⁻³¹²

Desde logo, o equívoco desta abordagem reside no fato, já mencionado, de que o poder de punir não pertence ao Ministério Público (este é apenas o titular da ação penal pública).

Como já se disse, em verdade, estas considerações são irrelevantes no processo penal. A parte legítima o é por pura e simples determinação legal, pouco importando a posição do autor (ordinária ou extraordinária) em relação ao poder de punir. No fundo, se não há lide – e naufragam os conceitos subjetivistas – perde o sentido qualquer argumento que a tenha que levar em consideração, por mera coerência.

3.2.3 *O interesse de agir no processo penal*

Desde logo, em relação ao *interesse de agir*, é de se dizer que é a condição da

³¹⁰ GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. Cit.*, 2007, p. 183.

³¹¹ *Id. Ibid.*, p. 198.

³¹² Pequenos reparos devem ser feitos a este trecho: em primeiro lugar, note-se que o “titular da resistência”, em relação a quem se poderia falar em legitimidade passiva não é a defesa, mas o réu; além disso, não é correto falar em uma pretensão condenatória, ou punitiva, mas somente no requerimento de uma decisão em relação ao caso penal. Sobre o tema, já se manifestou Giovanni LEONE, nos seguintes termos: “a ação penal não se manifesta como requerimento de condenação, mas como requerimento de uma decisão sobre uma *notitia criminis*, isto é, sobre um fato determinado, correspondente a um fato-tipo penal”. (LEONE, G. **Elementi...** *Op. Cit.*, p. 185) O que se requer, efetivamente, é uma decisão do juiz sobre o caso penal. De fato, as provas obtidas com a investigação preliminar são insuficientes para que o Ministério Público possa concluir, no momento do oferecimento da denúncia, se o réu deve ser condenado. Isto é algo que só será possível após a instrução probatória processual. [Tradução livre de: “*l’azione penale si esprime non come richiesta di condanna, bensì come richiesta di una decisione su una ‘notitia criminis’, cioè su un fatto determinato, corrispondente ad una fattispecie penale*”].

ação que instigou mais interpretações diversas, nos dois ramos do direito processual, civil e penal. Além disso, pela importância que tem, como se viu, no bojo das condições da ação processual civil, o exame de sua adequação ao juízo de admissibilidade da ação penal deve ser precedido de considerações mais detidas.

Por esta razão, e por tocar ao tema nuclear da presente pesquisa, ser-lhe-á reservado estudo pormenorizado no último capítulo, somente após o que será possível discutir o problema de sua adequação. Antes, porém, é necessário apresentar as novas bases que possibilitarão uma revisão no conhecimento sobre as condições da ação penal.

3.3 Mais alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: as condições da ação penal previstas na legislação processual penal

Sem embargo dos argumentos desenvolvidos sobre a inadequação das condições da ação da *teoria geral do processo* ao direito processual penal, é digno de registro que parte da doutrina, em oposição ao equivocado pensamento hegemônico, tem procurado discutir o tema das *condições da ação penal* com foco no próprio direito processual penal. Neste sentido, alguns dos primeiros passos foram dados por Fernando Newton Bittencourt FOWLER³¹³ e Antônio Acir BREDÁ.³¹⁴ Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, por sua vez, promoveu ajustes no modelo delineado por FOWLER e BREDÁ,³¹⁵ cujo produto foi adotado por João Gualberto Garcez RAMOS,³¹⁶ João Pedro GEBRAN NETO,³¹⁷ Alexandre Moraes da ROSA,³¹⁸ entre outros.

³¹³ FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.

³¹⁴ BREDÁ, A. A. **Efeitos... Op. Cit. da declaração de nulidade no processo penal.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, p. 171-189, 1980.

³¹⁵ COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. Cit.**, pp. 148-149.

³¹⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 258 e ss.

³¹⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade.** Curitiba: Juruá, 2001, p. 41.

³¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 320.

Mais recentemente, a sistemática de FOWLER, BREDA e COUTINHO para as condições da ação foi retomada, em obra especificamente voltada ao tema, por este pesquisador, no livro “A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação”,³¹⁹ com o objetivo de resgatar o debate sobre o tema. Pouco tempo depois, também à luz da obra de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, porém com abordagens ligeiramente diferentes, Juarez CIRINO DOS SANTOS e Aury LOPES JÚNIOR aderiram a esta classificação.³²⁰

O raciocínio de Antonio Acir BREDA, como um dos precursores do modelo no Brasil, é de uma simplicidade desconcertante, que deveria servir à conscientização dos defensores do modelo unitário (civil-penal) do desacerto de sua postura científica. De fato, sobre a possibilidade de compatibilização com a doutrina do processo civil, embora assevere BREDA que seu trabalho “não comporta crítica quanto à validade científica desta postura”,³²¹ sentencia o autor, de forma irretocável que, “por ora, basta dizer que as condições exigidas para o exercício da ação penal são aquelas catalogadas na lei processual penal!”.³²² Em outras palavras, o ponto de partida é o Código de Processo Penal e os fenômenos processuais penais: somente depois de perquiridos é que se poderia pensar, se isto não fosse inócuo, em adequação a uma *teoria geral do processo*, jamais o contrário.

Para BREDA, então, as “condições da ação penal” estão previstas no Código de Processo Penal em seu art. 43, e na interpretação sistemática de seu inciso III, segunda parte, com o art. 18, em termos negativos, isto é, o implemento de qualquer

³¹⁹ NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, pp. 45 e ss.

³²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 661-662; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I, pp. 351-362.

³²¹ Ainda que aqui ela apareça expressamente. Vide tópico 1.1.

³²² BREDA, A. A. **Efeitos...** *Op. Cit.*, p. 178. Vale também mencionar, novamente, a lição de COUTINHO, ao asseverar, com base em CARNELUTTI e CORDERO, que “isso não implica iconoclasticamente partirmos para uma destruição do que já foi produzido, fator esse que desacredita novas construções. Mas o espaço de sua utilização deve ser medido na real adequação do caso concreto. Urge, destarte, resgatar a realidade do processo penal e, nela, acolher o aceitável do pensamento do processo civil. O processo penal, ademais, para ser humanizado, deve se preocupar com o *ser*, não com o *ter*, o que substancialmente muda o modo de pensá-lo. Assim, livre das amarras externas, é possível ao intérprete voltar-se para o interior do próprio processo penal e, desmistificando-o, afastar os fantasmas que insistem em conduzi-lo” (COUTINHO, J. N. M.. **A natureza...** *Op. Cit.*, p. 55).

uma daquelas hipóteses implica inadmissibilidade da acusação. Invertendo-se o sinal, têm-se os requisitos à admissibilidade da acusação.³²³

Estabelecem os artigos 43 e 18, do Código de Processo Penal:

“**Art. 43.** A denúncia ou queixa será rejeitada quando: **I** - o fato narrado evidentemente não constituir crime; **II** - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; **III** - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. **Parágrafo único.** Nos casos do n.º III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

“**Art. 18.** Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

Embora a sistemática original tenha autoria em FOWLER e BREDÁ, como se mencionou, COUTINHO promoveu importantes ajustes no modelo. A partir deste último autor, e desde tais dispositivos legais, pode-se dizer que são condições genéricas (isto é, que se aplicam a todos os casos) da ação penal em sentido estrito: a) *tipicidade aparente*³²⁴ (art. 43, I, do Código de Processo Penal); b) *punibilidade concreta* (art. 43, II, do Código de Processo Penal); c) *legitimidade da parte* (art. 43, III, 1ª parte, do Código de Processo Penal); d) *justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, ambos do Código de Processo Penal).³²⁵

3.3.1 *Tipicidade aparente ou injusto aparente*

Ao descrever a condição à admissibilidade da acusação prevista no art. 43, I, do Código de Processo Penal, FOWLER afirma: “Sem que o fato típico objeto da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado

³²³ BREDÁ, A. A. **Efeitos...** *Op. Cit.*, p. 177.

³²⁴ O conteúdo — e denominação — da condição da ação do art. 43, I, do Código de Processo Penal, foi originalmente definido por BREDÁ como *tipicidade objetiva*, porém, no juízo de admissibilidade da acusação, não se perquire a *tipicidade*, que é matéria de mérito, mas sim — em juízo de aparência determinado pela expressão legal “evidentemente não constituir crime” — aquilo que COUTINHO denominou *tipicidade aparente*.

³²⁵ COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. Cit.*, pp. 148-149.

na lei penal”.³²⁶

Todavia, a tipicidade penal considerada como requisito de admissibilidade da ação penal está assentada sobre terreno não pacífico. Enquanto alguns juristas inserem a *tipicidade* (art. 43, I, do Código de Processo Penal) e a *extinção da punibilidade* (art. 43, II, do Código de Processo Penal) na condição da ação denominada *possibilidade jurídica do pedido*,³²⁷ outros, porém, como Ada Pellegrini GRINOVER, afirmam que a *tipicidade* é um problema de mérito, razão pela qual não está sujeita à análise em sede de juízo de admissibilidade da acusação.³²⁸ É digno de lembrança, todavia, que esta autora, recentemente, voltou atrás e aderiu à primeira dessas posições.³²⁹ E, ainda, há aqueles, como COUTINHO, que — desde o Código de Processo Penal, prescindindo da *teoria geral do processo* —, conceituam a *tipicidade aparente* como condição à admissibilidade da acusação, sem negar à *tipicidade* a natureza de questão de mérito, mas porque o juízo é de aparência, em face do advérbio “evidentemente”.³³⁰

Com embargo da primeira delas, porém, como já se discutiu, LIEBMAN conceituou a possibilidade jurídica do pedido em termos positivos, isto é, como *admissibilidade* legal do provimento jurisdicional pleiteado. Esta fórmula foi logo rejeitada por parte da doutrina brasileira que, à luz da obra de MONIZ DE ARAGÃO, propôs que aquela condição da ação, na seara processual civil, deve ser conceituada de forma eminentemente negativa, ou seja, como ausência de vedação legal.³³¹ Se assim é, aquilo que os processualistas civis chamam de *possibilidade jurídica do pedido* não pode ser adaptado ao processo penal, senão por meio de infrutíferos malabarismos lingüísticos:³³² para que a ação seja recebida, deve a imputação descrever conduta que se amolde a um tipo penal. Este requisito de admissibilidade, portanto, no direito processual penal deve ser compreendido em termos positivos.³³³

Por sua vez, sobre o tema da tipicidade, em relação ao juízo de

³²⁶ FOWLER, F. N. B. *Anotações... Op. Cit.*, p. 91.

³²⁷ Por todos, veja-se TOURINHO FILHO, F. C. *Processo... Op. Cit.*, p. 477 e ss.

³²⁸ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 1977, pp. 69 e ss.

³²⁹ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 2007, pp. 188-195.

³³⁰ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, pp. 149-151.

³³¹ Vide subtópico 3.2.1, *supra*.

³³² Como acontece em: GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 2007, pp. 188-195.

³³³ COUTINHO, J. N. M. *A lide... Op. Cit.*, p. 150.

admissibilidade da acusação, sustenta GRINOVER que “é evidentemente matéria de mérito: representa, para o processo penal, a ‘causa petendi’, e se lhe aplicam as observações (...) quanto à necessidade de desvincular uma pretensa condição da ação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor”. E conclui que a *atipicidade*, “uma vez declarada, preclui a via judiciária ao novo exercício de ação, por configurar sentença de mérito, quer quando pronunciada ao final (art. 386, III, CPP) quer quando pronunciada antecipadamente (art. 43, I, CPP)”.³³⁴

Já, agora, no que diz com a terceira posição, COUTINHO demonstra que, levando-se em conta a expressão *evidentemente*, do art. 43, I, do Código de Processo Penal, o posicionamento de GRINOVER “esbarra na realidade do processo penal. A doutrina antiga teve uma posição muito clara sobre o assunto, interpretando a regra do art. 43, I, do CPP. Sabia-se, desde então — ainda sem a preocupação de verificar tudo em função da lide —, que não haveria sentido em processar-se um caso não criminoso.” E, com base nisso, conclui: “Para quem vê na ação um direito instrumental, mas conexo a um caso concreto, em face do precitado evidentemente, não há como negar a tipicidade”.³³⁵

Este é o momento em que, na obra de COUTINHO, com muita clareza, surge a diferença entre *tipicidade* e *tipicidade aparente*, aquela como matéria de mérito, qualquer que seja o momento de seu conhecimento, e esta como condição de admissibilidade da ação penal: a *tipicidade aparente* refere-se, então, à demonstração, pelo autor, de que os fatos imputados gozam, ao menos aparentemente, de credibilidade tal, a ponto de poderem ser considerados típicos. Trata-se, portanto, de coisas distintas.³³⁶ A base desta construção é a lição de FOWLER, supracitada.

Com efeito, sobre a caracterização da atipicidade no juízo de admissibilidade da ação penal, que reclama, de fato, uma decisão de mérito, assevera COUTINHO: “o fato, absolutamente, não constitui crime; qualquer dúvida, a mínima que seja, leva o juiz a decidir positivamente, instaurando o processo”.³³⁷ Ou seja, neste caso, pode-se

³³⁴ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 1977, pp. 69 e 72.

³³⁵ COUTINHO, J. N. M. *A lide...* *Op. Cit.*, p. 150.

³³⁶ *Id. Ibid.*

³³⁷ COUTINHO, J. N. M. *A lide...* *Op. Cit.*, p. 151.

dizer que há aparência de tipicidade (*tipicidade aparente*) em relação ao fato narrado, mesmo que o juiz ainda não possa declarar, resolvendo o *meritum causae*, a presença da tipicidade, elementar do crime que só será objeto de análise no momento da sentença, acertando o caso penal.

É fato, pois, que o esvaziamento do artigo 43, I, do Código de Processo Penal, operado pela parcela da doutrina vinculada à *teoria geral do processo* não deve prosperar (ver tópico 3.2.1). Nas palavras de COUTINHO: “(...) tudo somado, enfim, não há como afastar a tipicidade do juízo de admissibilidade da acusação. Excluí-la pode significar uma ainda maior desumanização de um processo penal como o nosso, que nunca foi muito humano. O dia-a-dia do fórum ensina o quanto um processo faz o réu sofrer”.³³⁸

Apesar da clareza do autor na distinção entre a *tipicidade aparente* (requisito de admissibilidade da ação penal) e a *tipicidade penal* (parte da matéria do mérito), as maiores dificuldades teóricas em relação ao juízo de admissibilidade da acusação dizem precisamente com a condição da ação do art. 43, I, do Código de Processo Penal. Em razão disto, nos tópicos abaixo, serão discutidos os problemas do alcance da expressão legal “evidentemente não constituir crime” e dos efeitos do não preenchimento, à admissibilidade da ação penal, da *tipicidade aparente*. As palavras a seguir devem ser compreendidas como um convite à reflexão e ao debate científico crítico e comprometido com o desenvolvimento da disciplina.

a) Discussões sobre o alcance da expressão “evidentemente não constituir crime” no art. 43, I, do Código de Processo Penal

Posta, assim, a noção de *tipicidade aparente* e afirmado o fato de se tratar de condição à admissibilidade da ação penal, importa compreender seu alcance em relação à teoria do crime. Para tanto, como já se disse em outra obra,

o art. 43, I, do Código de Processo Penal, utiliza a expressão *crime*, e não a expressão *tipo*. Nada obstante, sempre que for necessária instrução probatória, estar-se-á tratando de um problema de mérito, e, portanto, não de questão passível de verificação em sede de

³³⁸ *Id. Ibid.*

admissibilidade da acusação. Assim, a doutrina antiga interpretava, naquele dispositivo do Código de Processo Penal, *crime* como *fato típico*.³³⁹ Também BREDÁ assim intuiu, ao propor a denominação *tipicidade objetiva*, eis que a subsunção do fato narrado à descrição legal da conduta (tipo legal) é atividade mental que pode, em geral, ser feita sem necessidade de instrução probatória (e caso haja dúvida mínima, instaura-se o processo). Vale lembrar, porém, como já foi mencionado, que COUTINHO aperfeiçoou o modelo de BREDÁ, ao observar que, em sede de admissibilidade da acusação, se não faz juízo sobre a *tipicidade objetiva* (matéria de mérito), mas juízo de aparência determinado pela expressão legal “evidentemente não constituir crime”, ou seja, sobre a *tipicidade aparente* (“condição da ação penal”).³⁴⁰

Daqui se conclui, sem dificuldades, que, em sede de juízo de admissibilidade da ação penal, este dispositivo legal não contempla a análise de todos os estratos (conduta humana, tipicidade, ilicitude e censurabilidade) do conceito analítico de crime: basta notar que a *imputação fática*, a narrativa do fato com todas as suas circunstâncias (art. 41, do Código de Processo Penal) – requisito formal de qualquer denúncia ou queixa –, é elaborada a partir de uma figura penal típica, que não contempla os outros dois elementos da teoria do delito.

Em certos casos, porém, o juízo em relação à tipicidade penal exige a prévia avaliação do caráter ilícito da conduta. Como afirma COUTINHO, desde Luiz Alberto MACHADO, é o que acontece em relação àquelas condutas típicas que possuem em sua descrição as expressões *indevidamente*, *ilegalmente*, *sem justa causa*, *sem justo motivo*,³⁴¹ entre outras com sentido semelhante, como, exemplificativamente, as expressas nos artigos 151, 244 e 350,³⁴² do Código Penal, e no bojo das leis penais especiais, sem embargo de vários outros casos, os artigos 12, 14, 16, 17 e 18 da Lei

³³⁹ “O primeiro caso de rejeição previsto no art. 43 é aquele em que o fato narrado na denúncia ou queixa não constitui crime *em tese*. Refere-se a lei ao fato atípico, ao fato que não se conforma com nenhuma figura de crime descrita em lei.” (TORNAGHI, Hélio. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953, p. 122). No mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, v. I, pp. 429-430.

³⁴⁰ NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, pp. 79-80.

³⁴¹ COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. Cit.*, p. 151.

³⁴² Código Penal: “Violação de correspondência. **Art. 151** - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”; “Abandono material. **Art. 244** - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”; “Exercício arbitrário ou abuso de poder. **Art. 350** - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”.

10.826/2003,³⁴³ que dizem com a posse, o porte e o comércio ilegal de armas de fogo.³⁴⁴ Este foi o motivo que levou COUTINHO, ao falar desta condição de admissibilidade da ação penal, a adotar, em relação ao conceito de *tipicidade penal*, a noção de *tipicidade material* proposta por MACHADO, que se compõe em uma estrutura bipartida do fato punível.³⁴⁵ Nada obstante, como já se afirmou,

³⁴³ Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003: “Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Art. 12 - Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”; “Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Art. 14 - Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”; “Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Art. 16 - Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”; “Comércio ilegal de arma de fogo. Art. 17 - Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”; “Tráfico internacional de arma de fogo. Art. 18 - Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente”.

³⁴⁴ Juarez CIRINO DOS SANTOS confirma a tese de que em certos casos a configuração da tipicidade depende da prévia análise de elementos da ilicitude. Em suas palavras, “freqüentemente, o tipo legal exige elementos da antijuridicidade, cuja ausência exclui o próprio tipo (por exemplo, o caráter *injusto* do mal, na ameaça) e, além disso, existem tipos legais que não admitem causas de justificação (por exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor), nos quais tipicidade e antijuridicidade se confundem (**A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 4).

³⁴⁵ MACHADO assevera que “tipo e ‘antijuridicidade’ formam, verdadeiramente, uma só e única estrutura”. Essa conclusão se baseia no fato de que, primeiramente, o *valor e o desvalor são jurídicos* (sendo, pois, imprópria a denominação antijuridicidade), e aquele que ao agir aperfeiçoa um tipo penal, age de forma jurídica e penalmente relevante, ou seja, a conduta não é antijurídica, mas juridicamente desvalorada. E, ainda, como (por sua própria técnica de construção legislativa) a lei penal “possui preceito implícito, contrário ao exposto no tipo” (no tipo “matar alguém”, o preceito é “não matar”), a tipicidade “é sempre desvalor, antinormatividade, o que inócorre no mundo jurídico, como regra geral”. Desse modo, “o problema não é de antijuridicidade, mas de possibilidade de agir compondo o tipo com tolerância ou permissão do Direito. Quando alguém mata em legítima defesa, para a doutrina tradicional teria agido típica, porém não antijuridicamente. Ora, quando se mata em legítima defesa, o tipo compõe-se apenas aparentemente, formalmente, mas sem ofensa ao preceito, sem antinormatividade, sem violação do Direito (no mesmo caso, quem atua tipicamente no Direito Tributário, pode não ter de pagar o tributo, se se beneficia de uma isenção). A norma traduz o desvalor do Direito à conduta. Quando se atua aparentemente em conformidade com o tipo, porém, materialmente, em conformidade com o Direito, não se pratica o crime por atipia material da conduta. A conduta é sancionada, não quando seja antijurídica, mas juridicamente desvalorada pelo Direito. (...). O crime, conseqüentemente à sua origem jurídica — o crime é um ente jurídico — define-se como uma ação típica e censurável. O problema está em saber-se se a conduta *compõe materialmente o tipo* e, em

para evitar que o conteúdo da *tipicidade aparente* dependa da validade de construção teórica do tipo que — ainda que se lhe não pretenda negar a razão — não é unânime no âmbito do direito penal (vale lembrar que a maior parte da doutrina penalista descreve o conceito analítico de delito na estrutura tripartida), sugere-se que a expressão *tipicidade aparente* versa, em verdade, sobre o *tipo de injusto*. *Tipo de injusto* é expressão que satisfaria tanto os penalistas que advogam pela teoria tripartida do crime, como os que defendem o modelo de estrutura bipartida. Em suma, importa que a condição da ação em exame abarque tanto as hipóteses de ausência de tipicidade como as de ausência de ilicitude, e *tipo de injusto* parece indicar com precisão o conteúdo da condição da ação “tipicidade aparente”. Nada obstante, não se deve olvidar que, no caso da ausência de ilicitude, a grande maioria dos casos penais exige maior dilação probatória e deve levar à instauração do processo. Memore-se a lição de COUTINHO, supramencionada, segundo a qual a mínima dúvida existente sobre o fato evidentemente não constituir crime deve levar à instauração do processo.³⁴⁶⁻³⁴⁷

Tais considerações contaram com a adesão de Juarez CIRINO DOS SANTOS, que, em função disso, fez referência ao presente requisito de admissibilidade da

fazendo, se é censurável quanto ao seu autor” (**Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 118-122).

³⁴⁶ NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, p. 83.

³⁴⁷ Sobre a noção de *tipo de injusto*, note-se que comporta a *tipicidade* e a *ilicitude* em um mesmo âmbito, sem implicar, necessariamente, unidade conceitual. A propósito, há que se lembrar da lição de Claus ROXIN: “(...) que tipo e antijuridicidade devem permanecer separados sistematicamente, mas que, nada obstante, ambos podem se reunir compondo um ‘tipo global’ no aspecto do injusto” (**Derecho penal: parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, v. I, p. 286). Ainda, outra não era a lição de Hans WELZEL, ao afirmar que “a antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois membros de uma relação); o injusto, pelo contrário, é algo substancial: a conduta antijurídica mesma. A antijuridicidade é um predicado, o injusto um substantivo. O injusto é a forma de conduta antijurídica mesma: a perturbação arbitrária da posse, o furto, a tentativa de homicídio. A antijuridicidade é uma qualidade dessas formas de conduta e precisamente a contradição em que se encontram com o ordenamento jurídico. Existe, pois, um injusto penal específico, do mesmo modo que há um injusto civil ou administrativo específico (um exemplo do primeiro é a tentativa e do segundo a perturbação arbitrária da posse), mas existe somente uma antijuridicidade unitária. Todas as matérias de proibição, reguladas nas diversas áreas do Direito, são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico” (**Derecho penal aleman: parte general**. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 78). [Tradução livre de: “(...) *que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un ‘tipo global’ en el aspecto del injusto*”; “(...) *la antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico*”].

acusação como *aparente tipo de injusto*, ou, como se propõe dizer, *injusto aparente*.³⁴⁸

b) Sobre os efeitos da falta de tipicidade aparente: o julgamento antecipado do mérito

Ainda, de certo modo, em relação com o problema do conteúdo do termo “crime” no art. 43, I, do Código de Processo Penal, há importante discussão que pode ser suscitada nas situações em que não está presente a *tipicidade aparente*.

Desde logo, já precisa estar bem claro que a presença desta condição à admissibilidade da acusação é determinada por uma mínima dúvida do juiz em relação à condição de injusto penal do fato indicado na denúncia ou queixa. A ausência da *tipicidade aparente*, porém, gera dificuldades que ainda carecem de um enfoque teórico consistente.

De fato, a identificação, acima mencionada, da expressão “crime”, no dispositivo legal em exame, com o *tipo penal*, realizada pela doutrina mais antiga, trouxe dúvidas em relação à possibilidade de rejeição da denúncia em casos cuja licitude ou ausência de censurabilidade (culpabilidade) da conduta está evidenciada desde o momento do juízo de admissibilidade da acusação. Poder-se-ia citar, como exemplo, a conduta do oficial de justiça que cumpre ordem judicial de reintegração de posse: ainda que esteja adequada a um tipo penal, evidentemente foi praticada no estrito cumprimento de seu *dever legal*, ou seja, trata-se de conduta típica justificada.

Este problema já foi identificado por FOWLER, que, no entanto, afirmou não existir fundamento na legislação atual para impedir o recebimento da denúncia nos casos em que, desde o momento do juízo de admissibilidade da acusação – e sem necessidade de maiores dilações probatórias –, está caracterizada uma causa de justificação: “Ocorre que em especiais situações constituiria manifesta iniquidade submeter-se pessoas ao gravame do processo, simplesmente por amor ao princípio da obrigatoriedade penal. Imagine-se que alguém em sua própria residência reaja a uma tentativa de roubo, conseguindo, após séria luta, sobrepujar o agressor, mas causando-

³⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal... Op. Cit.*, p. 662.

lhe ferimentos graves. Ou então a situação do policial que mata um marginal, como única via de vencer-lhe a resistência e resguardar sua própria vida. Em tais casos, de verdadeiras situações-limite, é inequívoco que se proposta a ação penal, patente seria sua inviabilidade, por não conter a acusação a idoneidade indispensável para sua legitimação”.³⁴⁹

Por sua vez, sobre o mesmo problema, Hélio TORNAGHI sustentou “que se estiver a excludente provada a ponto de não deixar qualquer dúvida, então pode o MP pedir o arquivamento das peças de informação ou do inquérito, da mesma forma que ao juiz é dado rejeitar a queixa ou a denúncia, mas com fundamento na falta de interesse e pois no n. III e não no n. I do art. 43”.³⁵⁰

Outra é a visão de Francisco Antônio GOMES FILHO, que assevera, desde o art. 43, I, do Código de Processo Penal, que, “se o fato em si não for crime, evidentemente a denúncia ou a queixa deve ser rejeitada, (...) [e] o mesmo pode ocorrer, embora não sempre, nos demais casos previstos nos artigos 19, 20 e 21 do Código Penal, desde que seja evidente a circunstância excludente do crime”.³⁵¹

Por fim, mais recentemente, posicionou-se da mesma maneira Francisco de Assis TOLEDO. Nas palavras do penalista, “onde houver uma causa de justificação suficientemente caracterizada, faltará uma condição da ação penal, pois o fato, que deve ser narrado com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizado está o pedido de arquivamento pelo Ministério Público ou a rejeição da denúncia ou da queixa pelo juiz (CPP, art. 43, I)”.³⁵²

O autor desta pesquisa, em momento anterior, manifestou entendimento no sentido de que, para evitar a instauração do processo em tais casos, deve ser a questão resolvida em sede da condição da ação *tipicidade aparente* ou *injusto aparente*.³⁵³

Sobre o assunto, indo um pouco além, e inserindo na condição da ação do art. 43, I, do Código de Processo Penal, que chama de *prática de fato aparentemente*

³⁴⁹ FOWLER, F. N. B. *Anotações... Op. Cit.*, p. 93.

³⁵⁰ TORNAGHI, H. *Processo... Op. Cit.*, p. 122.

³⁵¹ GOMES FILHO, Francisco Antônio. **Teoria e prática do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, v. I, p. 177.

³⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 169.

³⁵³ NUNES DA SILVEIRA, M. A. *A tipicidade... Op. Cit.*, p. 83.

criminoso (fumus commissi delicti), a censurabilidade (culpabilidade), Aury LOPES JÚNIOR afirma: “(...) se o acusado agiu – manifestamente – ao abrigo de uma causa de exclusão da culpabilidade, pode o juiz rejeitar a acusação? Pensamos que sim. O problema todo circunscreve-se não à culpabilidade (elemento necessário e imprescindível para a moderna teoria jurídica do delito), mas ao caráter probatório e seu nível de exigência. A causa de exclusão deve ser manifesta, para que o fato narrado evidentemente não constitua crime”.³⁵⁴

Nada obstante, em consideração a alguns dos debates acadêmicos suscitados pela publicação de “A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação”, conclui-se que o problema merece uma abordagem teórica diferente, eis que, aparentemente, a discussão parte de premissas equivocadas.

Em verdade, a decisão tomada nos termos do artigo 43, I, do Código de Processo Penal, ainda que ocorra por ocasião do juízo de admissibilidade da acusação, pode, ainda que nem sempre, equivaler a uma decisão de mérito.

Ora, daqui se percebe que a decisão de recebimento da denúncia ou queixa está fundada no *injusto aparente* (sem alcançar o mérito), com o conteúdo acima indicado. Porém, quando o juiz conclui que o fato narrado evidentemente não é crime – seja pela falta de conduta, tipicidade, ilicitude ou censurabilidade –, tem-se uma decisão de mérito, que versa sobre a própria inexistência do crime.³⁵⁵

Em suma, o conteúdo da condição da ação *tipicidade/injusto aparente* é, efetivamente, o *tipo de injusto* (somente em função dos tipos penais que, para sua configuração, exigem antecipação da análise da ilicitude), mas sua avaliação se faz em juízo de mera aparência. O problema da possibilidade de solução antecipada do caso penal, seja em relação à tipicidade, ilicitude ou censurabilidade, é questão que foge ao âmbito da *tipicidade/injusto aparente*, dizendo com o problema do conhecimento do mérito no direito processual penal.

Em relação a isto, uma última observação de relevância diz com a denominação desta condição à admissibilidade da acusação. Ante a inclusão da

³⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito... Op. Cit.**, p. 353.

³⁵⁵ COUTINHO, J. N. M. **A natureza... Op. Cit.**, pp. 49-51.

censurabilidade (culpabilidade) no âmbito de análise da condição à admissibilidade da acusação prevista no art. 43, I, do Código de Processo Penal, à semelhança da parcela da doutrina que utiliza a expressão *crime em tese* (ver nota de rodapé n.º 339), Aury LOPES JÚNIOR sugeriu chamá-la de *prática de fato aparentemente criminoso* ou *fumus commissi delicti*. A despeito de ter razão o autor em relação à possibilidade do antecipado acerto negativo do caso penal à ausência de censurabilidade, parece bem justificada a adoção das expressões *tipicidade aparente* ou *injusto aparente* depois das considerações que se fez sobre os tipos penais que se configuram após análise da ilicitude do fato.³⁵⁶

3.3.2 Punibilidade concreta

De maneira bastante genérica, com previsão no art. 43, II, do Código de Processo Penal, a *punibilidade concreta* diz com a ausência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade. Por isso, ao aperfeiçoamento de alguma das hipóteses descritas no art. 107, do Código Penal, além de outras previstas em leis especiais, como o pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, no crime

³⁵⁶ A locução *prática de fato aparentemente criminoso*, portanto, não pode ser tomada por incorreta. Apenas há que se ter claro que, como se disse, a análise da tipicidade, ilicitude e censurabilidade (matéria de mérito) não está inserida no âmbito dos requisitos de admissibilidade da acusação. Por outro lado, a expressão *fumus commissi delicti*, com o devido respeito do autor, que o merece, não parece correta. Como se sabe, esta fórmula foi cunhada em relação à legitimidade das prisões processuais, sendo utilizada pela doutrina italiana e espanhola. Especificamente, no que diz com o regime jurídico brasileiro da *prisão preventiva*, o *fumus commissi delicti* encontra previsão na parte final do art. 312, do Código de Processo Penal: “**Art. 312** - A prisão preventiva poderá ser decretada, [...], quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (ver, na doutrina brasileira: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 81; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 67: “*fumus commissi delicti* (...) primeiro há de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria”; LOPES JÚNIOR, A. **Introdução... Op. Cit.**, p. 189: “*fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (...), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”). Todavia, neste sentido, o *fumus commissi delicti* diz com a presença de *indícios de autoria* e *prova da materialidade do fato*, que justificariam a restrição à liberdade do acusado. No juízo de admissibilidade da acusação, este mesmo material probatório é o conteúdo da “condição da ação penal” intitulada *justa causa*, que tem outro fundamento legal (art. 43, III, c/c art 18, ambos do Código de Processo Penal). Dizer que a condição prevista no art. 43, I, do Código de Processo Penal é o *fumus commissi delicti*, significa afirmar a unidade conceitual entre *justa causa* e *tipicidade aparente*, o que, em verdade, não existe. Sobre o tema, ver a parte final do tópico 3.3.4, *infra*.

de sonegação fiscal (art. 34, da Lei 9.249/95).

Aqui, o adjetivo “*concreta*” marca a distinção em relação à chamada *punibilidade abstrata*, que decorre simplesmente da previsão legal de uma sanção à prática de um fato-tipo previsto como crime, em abstrato. À efetiva realização de tal fato-tipo, nasce ao Estado a possibilidade de punir o agente, isto é, em relação ao fato-tipo concreto, apresenta-se a *punibilidade concreta*.³⁵⁷ Na definição de Franco CORDERO, que ensina admitir o termo *punibilidade* várias acepções, deve ele ser entendido, aqui, como “a circunstância de que um determinado fato seja passível de tal valoração normativa, que se caracterize como o elemento condicionante de um dever condenatório futuro e eventual do juiz penal”.³⁵⁸

De fato, eis que a finalidade do processo penal, ante a acusação, é o accertamento de um caso penal, com possível imposição de pena, e que a existência de uma causa de extinção da punibilidade só admitiria seu accertamento negativo, a *punibilidade concreta* encontra seu lugar como condição à admissibilidade da acusação. Afinal, não é lógico fazer um processo se, ao final, não se poderá, se for o caso, condenar.

3.3.3 *Legitimidade da parte*

Estabelecida no art. 43, III, 1ª parte, do Código de Processo Penal,

³⁵⁷ Sobre o tema, v. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale: parte generale**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949. Como explica Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “a punibilidade *abstrata* é a possibilidade jurídica punitiva não individualizada, sem um caso concreto: aquela que paira *sobre todos* os cidadãos mediante a vedação, pela lei penal, de determinados comportamentos. Apenas a partir do momento em que é cometido um crime é que se passa a ter uma punibilidade *concreta*, eminentemente vinculada à elucidação do fato e, portanto, ao *accertamento de um caso penal*. Aquela é de natureza penal; esta, por primário, de natureza processual, justo porque colocada como consequência da consumação do crime. A punibilidade concreta, por óbvio, é que aqui constitui condição da ação: não há direito de ação sem que *haja um caso penal*, ou seja, *sem que tenha ocorrido um fato que caracterize já a presença da punibilidade concreta e não meramente abstrata*. Por óbvio, não há lógica em se fazer um processo penal se, de antemão, sabe-se ser impossível punir, seja por que *causa* for.” (Excerto de parecer apresentado processos criminais de autos nº. 023.06.369965-9, 023.07.122144-4 e 023.06.379411-2, os dois primeiros em trâmite na 1ª Vara Criminal e este último em trâmite na 7ª Vara Criminal, ambas na Comarca de Florianópolis, Santa Catarina).

³⁵⁸ CORDERO, Franco. **Contributo allo studio dell'aministia nel processo**. Milão: Giuffrè, 1957, p. 26. [Tradução livre de: “*la circostanza che un determinato fatto sia passibile di una tal valutazione normativa, da atteggiarsi come l'elemento condizionante di un dovere condannatorio futuro ed eventuale del giudice penale.*”]

diferentemente do que afirma a doutrina civil-penal,³⁵⁹ a legitimidade da parte, condição de admissibilidade da ação penal, só tem, em comum com a *legitimação ad causam* do direito processual civil, a denominação.

Desde logo, para que sejam bem compreendidas as diferenças, lembre-se que, como ensinou LIEBMAN, a legitimidade de parte está, no processo civil, vinculada à noção de pertinência subjetiva,³⁶⁰ que é um conceito ligado à lide. No processo penal, a “classificação das ações” segundo o titular para seu exercício, decorre exclusivamente, como já se disse, de um critério legal de determinação, muito distante, portanto, do conceito de pertinência subjetiva. Apenas a título de argumentação, como apontou Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, em aula ministrada na Universidade Federal do Paraná, há crimes públicos cuja ação é de iniciativa privada, como aquele do art. 345, do CP.³⁶¹

Por isso GEBRAN NETO, à luz da lição de COUTINHO, afirma que a legitimidade “só encontra relevância no direito processual penal em face da dicotomia entre ação penal pública e privada”.³⁶²

Questão de absoluta relevância, neste sentido, diz com a argüição de que o problema da *legitimidade passiva* pertence às condições à admissibilidade da acusação.³⁶³ Este raciocínio é fruto da tentativa de adequar a teoria processual civil à ação penal.

Todavia, como requisito de admissibilidade da ação penal em sentido estrito, a *legitimidade* diz exclusivamente com o sujeito ativo da relação processual penal. A leitura do parágrafo único do art. 43, do Código de Processo Penal, não deixa dúvidas quanto a isto: “Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que *promovida por parte legítima...*”. Sendo assim,

³⁵⁹ GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. Cit.*, 2007, p. 197: “O conceito de legitimação [da teoria geral do processo] aplica-se integralmente à ação penal”.

³⁶⁰ MARQUES, J. F. **Instituições...** *Op. Cit.*, v. II, p.41.

³⁶¹ Código Penal: “Exercício arbitrário das próprias razões. **Art. 345** - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: **Pena** - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. **Parágrafo único** - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.”

³⁶² GEBRAN NETO, J. P. **Inquérito...** *Op. Cit.*, p. 50.

³⁶³ Como ocorre, entre outros, em José Frederico MARQUES (**Elementos...** *Op. Cit.*, v. I, p. 320) e Ada Pellegrini GRINOVER (**As condições...** *Op. Cit.*, 2007, p. 198).

quando o Código fala em legitimidade, refere-se apenas ao autor.

Em verdade, qualquer consideração em relação à idoneidade do oferecimento da denúncia ou queixa em relação a alguém encontra abrigo em outros filtros à atuação jurisdicional. De fato, no momento do juízo de admissibilidade da acusação ainda não se sabe se o acusado é o autor do crime, o que só ocorrerá na sentença. A *legitimidade passiva*, portanto, jamais poderia ser deduzida da situação concreta de direito material (como LIEBMAN, possivelmente com coerência e razão, pretende em relação ao direito processual civil). Antes, a possibilidade de submeter alguém ao processo penal decorre, meramente, da conclusão de que há indícios de autoria em seu desfavor, apurados em prévio procedimento de investigação preliminar. Sabe-se que tais indícios de autoria são uma parte do lastro mínimo probatório que serve de base para a ação penal e se insere no conteúdo de outra “condição da ação penal”, a *justa causa*, cuja análise será operada em seguida. Em suma, *legitimidade passiva*, no direito processual penal, é sempre um problema de mérito.

Por outro lado, alguns afirmam que há *ilegitimidade passiva* nos casos em que a denúncia é oferecida contra menor de 18 anos ou pessoa que detém imunidades parlamentares ou diplomáticas.³⁶⁴ Naqueles casos, porém, o vício do ato é ainda mais grave: considerando-se que tais pessoas estão fora do âmbito de aplicação da norma processual penal brasileira, que se não destina a elas, impõe-se a conclusão de que tal acusação é um ato juridicamente inexistente. Não seria diferente, nesse sentido, da “ação penal” oferecida em face de animal ou coisa.³⁶⁵ O que falta, aqui, é um pressuposto processual de existência. Sobre o tema, valiosa é a lição de Antonio Acir BREDA, ao dizer que “os pressupostos de existência se resumem ao estudo do processo como um *actum trium personarum*. O nosso direito positivo não concebe um

³⁶⁴ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 2007, p. 197

³⁶⁵ TOURINHO FILHO, em relação à denúncia oferecida em face de menor de 18 (dezoito) anos, chega à conclusão semelhante: “Temos para nós que, *in casu*, haveria incapacidade processual. Os menores de 18 anos não podem ser réus, como não o podem ser as pessoas jurídicas, os mortos e os animais. Logo, a relação processual que vier a ser instaurada contra um menor de 18 anos será absolutamente inválida, podendo o juiz anular o feito, nos termos do art. 564, II, do CPP, em face da absoluta *illegitimitas ad processum*”. E, ainda, “parece claro que, se o menor não pode ser parte no processo penal, a relação processual que viesse a ser instaurada contra ele seria, em rigor, inexistente” (*Processo...* *Op. Cit.*, v. I, p. 549). Ainda, sobre a distinção entre *legitimitas ad causam* e *legitimitas ad processum*, ver LEONE, G. *Tratado...* *Op. Cit.*, t. I, pp. 448 e ss.

processo de conhecimento sem um *autor*, um *réu* e um *juiz* com jurisdição penal”.³⁶⁶

Com base no exposto, a *legitimidade da parte*, no direito processual penal, diz apenas com a parte autora e decorre estritamente da lei, sendo irrelevante o critério da *pertinência subjetiva*, que está umbilicalmente ligado ao conceito de lide, de todo imprestável no direito processual penal.

3.3.4 *Justa causa*

Segundo a sistemática proposta por FOWLER e BREDÁ, há ainda outra condição genérica à admissibilidade da acusação – prevista no artigo 43, inciso III, 2ª parte, do Código de Processo Penal (“ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”), em interpretação sistemática com o artigo 18, do mesmo diploma –, que determina, à falta de *base para a denúncia*, que o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial.

A esta condição da ação, BREDÁ denominou *justa causa* para a acusação, que tem por conteúdo a existência de *prova do fato* e *indícios de autoria*. Nas palavras do autor, nos casos em que couber o pedido de arquivamento do inquérito policial por falta de base para a denúncia (art. 18, do Código de Processo Penal), “faltarão condições para o exercício da ação penal”.³⁶⁷ Nestes casos, “estariamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental”.³⁶⁸⁻³⁶⁹

Apesar da clareza da exposição em relação ao conteúdo desta condição à admissibilidade da acusação (prova do fato e indícios de autoria), não é pouca a dúvida, a ambigüidade e as disputas doutrinárias suscitadas pela expressão “justa causa”. De fato, como esclarece BREDÁ, em texto publicado no ano de 1973, alguns

³⁶⁶ BREDÁ, Antonio Acir. **Efeitos...** *Op. Cit.*, p. 175.

³⁶⁷ Apesar da fórmula legal, como já se viu, as condições da ação não prejudicam o exercício da ação, mas a atuação jurisdicional em relação ao caso penal.

³⁶⁸ BREDÁ, A. A. **Efeitos...** *Op. Cit.*, p. 178.

³⁶⁹ É digno de nota o fato de que Joaquim Canuto Mendes ALMEIDA já havia preconizado, desde a doutrina francesa, que o juízo de acusação é importante para evitar as “imputações temerárias e levianas” (**Processo...** *Op. Cit.*, p. 174).

anos antes, portanto, de sua sistematização das “condições da ação penal”, o termo *justa causa*, desde a estrutura processual do Império até o Código de Processo Penal de 1941 – aí incluídos os códigos estaduais –, era estranha ao problema da acusação, eis que utilizada apenas em relação ao preenchimento dos requisitos fático-normativos das prisões processuais. Sua utilização em relação ao juízo de admissibilidade da acusação decorreu, então, do uso em decisões judiciais, que se observa desde os primeiros anos de vigência do Código atual.³⁷⁰⁻³⁷¹

Ainda, mesmo no que diz com o *juízo de admissibilidade da ação penal*, o uso da expressão *justa causa* não encontra univocidade. Há autores que a utilizam em uma noção ampla, no sentido do preenchimento, pelo autor, de todas as condições à admissibilidade da acusação. Segundo esta acepção, faltando qualquer uma que seja das “condições da ação penal”, faltarão *justa causa*. Segundo Maria Thereza Rocha de Assis MOURA, “a justa causa não constitui uma condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições da ação implica *falta de justa causa*”.³⁷² A despeito disso, como já se viu, BREDAS, pelo Código de Processo Penal, restringe seu conteúdo à *prova do crime e indícios de autoria* (tratando, por assim dizer, de uma *justa causa em sentido estrito*), afirmando tratar-se de uma das quatro condições genéricas à admissibilidade da acusação. Também, como uma quarta “condição da ação penal”, Afrânio Silva JARDIM identifica a *justa causa* com o “mínimo de lastro probatório” (indícios de autoria e prova da materialidade da conduta) para a

³⁷⁰ BREDAS, A. A. *Notas... Op. Cit.*, 1973, p. 54.

³⁷¹ Como indicou Plínio de Oliveira CORRÊA, “a expressão ‘justa causa’ assume diferentes significados, que podem ser compreendidos em seis posições ou correntes de pensamento, a saber: 1 – a primeira posição vincula a justa causa ao conceito de prisão; 2 – a segunda utiliza-a para fundamentar a concessão de *habeas corpus* quando o fato imputado não constituir infração penal; 3 – a terceira fixa a falta de justa causa como figura equivalente às hipóteses do artigo 43, do Código de Processo Penal – CPP ; 4 – a quarta a situa como elemento identificador dos casos de coação ou constrangimento ilegal; 5 – a quinta a elimina do sistema processual penal brasileiro; 6 – e finalmente, a sexta posição coloca a justa causa como uma das condições da ação” (**Justa causa na reforma processual penal brasileira**. *Revista do serviço público*. Brasília, a. 40, v. 111, n. 2, abr./jun. 1983, p. 60). Também, Maria Thereza Rocha de Assis MOURA, com profundidade, tratou do tema das diversas acepções da expressão *justa causa* na obra “Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência”, publicada, em 2001, pela Revista dos Tribunais.

³⁷² MOURA, M. T. R. A. *Justa causa... Op. Cit.*, p. 221.

acusação.³⁷³

De forma alheia à discussão sobre o mais apropriado sentido da locução *justa causa*, é fundamental compreender que, à luz da sistematização proposta, a exigência de *prova do fato* e *indícios de autoria* para por em movimento a jurisdição penal representa requisito indispensável à idoneidade da atuação do Estado. Em suma, a *justa causa*, aqui compreendida na extensão que lhe dá BREDÁ, é uma quarta condição de admissibilidade da ação penal.

Em relação a esta “condição da ação”, talvez fosse o caso de sugerir uma expressão diferente de *justa causa*, que não pudesse ser confundida com outros institutos designados com o mesmo rótulo.

Ainda sobre o tema, convém mencionar análise que Juarez CIRINO DOS SANTOS faz da distinção entre a *tipicidade aparente* e a *justa causa*. Nas palavras do autor, em referência à sistemática autônoma sobre as condições à admissibilidade da acusação:

A óbvia superioridade desta teoria não evita conflitos – que só o debate crítico coletivo pode resolver –, como por exemplo entre *tipicidade aparente* e *justa causa*: por um lado, situações de ausência de tipo de injusto são também situações de falta de justa causa; por outro lado, a justa causa como categoria compreensiva da materialidade e dos indícios de autoria, tem por objeto elementos do tipo de injusto: a prova da materialidade indica o resultado típico e os indícios de autoria indicam o sujeito ativo produtor do dolo e da imprudência materializados no resultado típico – e assim a justa causa parece uma condição desnecessária, porque seus elementos já estariam contidos no (aparente) tipo de injusto.³⁷⁴

Toda a vênica é devida ao autor, que definitivamente a merece, e o fato de convidar ao debate crítico coletivo só reforça aquele que, como já se viu, é um dos pressupostos epistemológicos fundamentais da presente pesquisa, todavia, apesar de procedentes seus argumentos, parece razoável insistir na distinção considerando que *tipicidade aparente* e *justa causa* enfrentam o mesmo problema – o caso penal – em planos distintos: a *justa causa*, aqui tomada em sentido estrito está no plano *probatório* e se restringe à prova de certo fato que se julga de relevância penal e de sua autoria; a

³⁷³ JARDIM, A. S. **Ação penal...** *Op. Cit.*, pp. 42-43. Não se duvida que o “lastro probatório mínimo” de JARDIM tem o mesmo conteúdo da “justa causa” de BREDÁ. A denominação proposta pelo primeiro, porém, considerando-se que há elementos probatórios em todas as outras condições da ação, perde o sentido e se torna desaconselhável.

³⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito penal...** *Op. Cit.*, p. 662.

tipicidade aparente enfrenta o problema desde uma ótica *valorativa*, que diz com a adequação da imputação fática contida na denúncia, ainda que aparentemente, ao fato comprovado.³⁷⁵

Um exemplo pode favorecer a compreensão da diferença: nos crimes contra a honra perpetrados pela imprensa, a prova do fato é facílissima e consiste tão-somente na apresentação do exemplar do jornal que veiculou a ofensa que, em geral, também comprova a autoria do suposto delito; já, agora, o juízo de aparente adequação típica de tal fato, que toma por base a imputação fática narrada na acusação, foge ao âmbito de análise da *justa causa*. Ainda, em outra situação, note-se que um fato imputado com base em declarações unilaterais da vítima, ainda que pudesse atender ao requisito da *tipicidade aparente*, fadaria a acusação à rejeição ante a falta de provas idôneas do fato.

A despeito do que foi dito, é evidente que a tese da absorção da *justa causa* pela *tipicidade aparente*, sugerida por CIRINO DOS SANTOS, parte do princípio que a análise desta última abarcaria o exame de todo o material probatório. Ainda que tal proposta de sistematização não possa ser considerada incorreta, para dar maior precisão ao juízo de admissibilidade da ação penal, parece apropriado separar seus momentos: por um lado a prova da existência do fato e, por outro, sua valoração à luz da imputação fática na denúncia ou queixa. Esta separação é fundamental quando se aprecia o problema dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade da ação penal em relação a cada uma daquelas condições da ação penal (ver tópico 3.4, *infra*).

3.3.5 Condições específicas da ação penal

Além das condições genéricas da ação penal – isto é, que se aplicam indistintamente a todos os casos –, existem requisitos ao recebimento da denúncia ou queixa que se limitam a situações específicas.

³⁷⁵ Sem embargo, como já se disse, a *tipicidade aparente* não deve ser apreciada exclusivamente com base no que foi alegado pelo autor, na denúncia, de forma desconectada com o fato comprovado. O juízo de admissibilidade da acusação é feito em concreto, embora superficialmente, como juízo de aparência.

Apesar da diversidade de casos, tais situações têm em comum o fato de impedirem, por sua ausência, o recebimento da denúncia ou queixa. Como exemplos, poder-se-ia citar a *representação* e a *requisição do Ministro da Justiça*, em relação às ações penais públicas condicionadas, a sentença declaratória de falência nos crimes falimentares (art. 180, da Lei 11.101/2005), a sentença anulatória de casamento transitada em julgado nos crimes de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento ao casamento (art. 236, parágrafo único, do Código Penal), a audiência de reconciliação do procedimento especial dos crimes contra a honra (art. 520, do Código de Processo Penal), a representação fiscal nos crimes contra a ordem tributária (art. 83, da Lei 9.430/1996), entre outras.

Muita confusão já se fez em relação à natureza jurídica destas condições de admissibilidade da ação penal, tratando-se, segundo alguns, de *condições objetivas de punibilidade*,³⁷⁶ categoria de direito penal e, para outros, *condições de procedibilidade*, como instituto de direito processual.³⁷⁷ Neste último caso, embora sejam as *condições específicas da ação penal*, efetivamente, um problema de direito processual penal, é de se ressaltar que a denominação *condições de procedibilidade* é adequada, apenas, na estrutura processual penal italiana, onde nasceu. No direito brasileiro, eis que não há qualquer limitação ao oferecimento da denúncia ou queixa, não há que se falar em condições à *procedibilidade*: com efeito, as “condições da ação”, aqui, representam requisitos à atuação jurisdicional em relação ao caso penal.

Já, agora, sem embargo de restar clara a natureza processual de tais institutos jurídicos, convém mencionar que se não confundem com o que parte da doutrina chama de *condições objetivas de punibilidade*.³⁷⁸ Sobre o tema, Francisco Muñoz

³⁷⁶ Por todos, ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 218.

³⁷⁷ Por todos, ver: BREDA, A. A. **Efeitos... Op. Cit.**, p. 179; MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, v. II, p. 71; TOURINHO FILHO, F. C. **Processo... Op. Cit.**, v. I, pp. 491 e ss.

³⁷⁸ Este equívoco, de certo modo, alcançou a própria legislação brasileira. A atual Lei de Falências, em seu artigo 180, estabelece que, *in verbis*, “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”. Isto é o que acontece quando o legislador emprega inadequada técnica na redação das leis, que devem ser expressas em linguagem não vinculada a uma ou outra teoria jurídica, especialmente em terrenos disputados.

CONDE afirma que “as condições objetivas de punibilidade são circunstâncias que, sem pertencer ao injusto ou à culpabilidade, condicionam em um delito concreto a imposição de uma pena”.³⁷⁹

De fato, há uma série de previsões legais no Código Penal – e leis penais especiais – que se não enquadram nos conceitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Entre outros casos, são exemplos, além das escusas absolutórias (arts. 181 e 348, § 2º, Código Penal),³⁸⁰ aquelas exigências legais em relação à ação penal, acima exemplificadas. De uma maneira geral, atualmente, a doutrina reconhece que pelo menos uma parte de tais circunstâncias representa fatores alheios ao direito penal, integrantes, portanto, da teoria do direito processual penal. É a lição de Francisco de Assis TOLEDO:

Com efeito, tanto no crime falimentar, para cuja punição se exige a sentença declaratória da falência, como no do art. 236 do Código Penal, para o qual se exige o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento (parágrafo único), pode-se, com enorme dose de razão, sustentar que o que fica em suspenso, na dependência da superveniência daquelas condições legalmente estabelecidas, não é o crime ou a tipicidade da conduta, mas sim e tão-somente o exercício da ação penal. A inclusão na lei substantiva dessa autêntica “condição da ação” pode ser, talvez, a causa da confusão que se tem feito sobre a sua verdadeira natureza.³⁸¹

Apesar disto, há hipóteses em que a circunstância que exclui a possibilidade de aplicação da pena não se caracteriza como *condição específica* da ação penal, a exemplo das mencionadas *escusas absolutórias*, onde a lei penal afasta, em abstrato, a punibilidade.³⁸²

³⁷⁹ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luis Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 170.

³⁸⁰ Código Penal: “**Art. 183** – É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural”; “**Art. 348** – Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão (...); § 2.º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”.

³⁸¹ TOLEDO, F. A. **Princípios... Op. cit.**, p. 157. Nada obstante, como já se disse, as condições da ação não prejudicam o exercício da ação, mas a atuação jurisdicional em relação ao caso penal.

³⁸² Apesar disso, não são todos os doutrinadores que as classificam como condições objetivas de punibilidade. Francisco de Assis TOLEDO (**Princípios... Op. cit.**, p. 158), por exemplo, entende que são causas pessoais de exclusão da pena, ao passo que Heleno Cláudio FRAGOSO (**Lições... Op. Cit.**, pp. 215-218.) acrescenta que são condições negativas de punibilidade.

3.4 Mais alguns passos ao resgate da autonomia da construção teórica sobre a ação no direito processual penal: alguns problemas teórico-práticos sobre o juízo de admissibilidade da acusação

Apresentada esta nova sistemática em relação às condições de admissibilidade da ação penal – e a partir dela – convém reservar algumas páginas ao estudo do próprio juízo de admissibilidade da acusação, que poderá facilitar a compreensão de certas incoerências teóricas ainda existentes.

Como já se viu, oferecida a denúncia ou a queixa, impõe-se ao magistrado, com vistas ao recebimento da ação penal e instauração do processo, a análise da ausência das situações indicadas no art. 43, do Código de Processo Penal, isto é, das condições da ação penal em sentido estrito: em outras palavras, poder-se-ia dizer que elas compõem o conteúdo desta decisão judicial.

Em relação a este momento, que tem a maior importância e marca a diferença entre submeter ou não o cidadão aos gravames do processo penal, não são poucas as questões que merecem imediata atenção.

3.4.1 O problema da (in)efetividade dos direitos do acusado no juízo de admissibilidade da acusação

Estabelecidas garantias constitucionais a todo acusado em processo penal, sobleva-se em relevância o momento processual em que o juiz investiga a presença das condições de admissibilidade da ação penal. Ainda que, aqui, já devesse estar presente a paridade de armas conferida pelas garantias da *ampla defesa* e do *contraditório*, a prática judiciária demonstra que a posição do acusado é francamente desfavorável e atenta contra aquelas mesmas garantias.

Dois são os principais fatores que determinam esse desequilíbrio (sem mencionar o fato de que o Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, foi concebido no âmbito de uma política processual repressiva e ideologicamente inspirada no

fascismo):³⁸³ em primeiro lugar, o entendimento jurisprudencial de que o ato do recebimento da denúncia não contém carga decisória e, por isso, não demanda motivação; e, também, a ausência de contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação. Ambos os casos são inconstitucionais, à evidência.

No que diz com a primeira destas questões, a motivação fático-jurídica da decisão judicial que recebe a denúncia ou a queixa, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal entende se tratar, em regra, de mero despacho de expediente, sem conteúdo decisório e, portanto, fora do âmbito de aplicação do art. 93, IX, da Constituição da República,³⁸⁴ que exige a motivação de *todas* as decisões em processo administrativo ou judicial.³⁸⁵ Ainda, note-se que o Código de Processo Penal não prevê recurso à impugnação da decisão que recebe a denúncia. Apesar disso, entende-se que a decisão que deixa de receber a ação penal deve ser motivada³⁸⁶ e comporta recurso ordinário.

A interpretação da Corte Suprema, apesar dos quase vinte anos de Constituição democrática, esbarra na constatação mais evidente que qualquer estudo teórico, sobre o tema, proporciona: a decisão sobre a admissibilidade da acusação tem por conteúdo decisório as “condições da ação penal”, seja para afirmar sua presença ou

³⁸³ Como indica a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689/1941), o vigente Código é uma adaptação ao caso brasileiro do Código de Processo Penal italiano de 1930, o *Codice Rocco*, elaborado, sob encomenda de Benito MUSSOLINI, por Alfredo ROCCO e Vincenzo MANZINI, todos fascistas. Sobre o tema, ver: CORDERO, F. **Guida... Op. Cit.**, p. 100; COUTINHO, J. N. M. **A lide... Op. cit.**, pp. 122-123.

³⁸⁴ Constituição da República de 1988: “**Art. 93** - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

³⁸⁵ Inúmeras são as decisões judiciais neste sentido. Eis alguns exemplos: “*Denúncia – Recebimento – Fundamentação*. Mostra-se razoável o ato do juízo no que se reporte ao inquérito formalizado” (STF – HC – j. 7.11.95 – Rel. Marco Aurélio – JSTF-LEX 212/339); “*Habeas corpus – Recebimento de denúncia – Ausência de fundamentação – Alegação de ofensa ao art. 93, IX, CF – Inocorrência*. ‘O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo MP não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da CF de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, não reclama, em consequência, qualquer fundamentação’ (STF – HC – Rel. Celso de Melo – DJU 23.9.94).

³⁸⁶ “O despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de ‘decisão’, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação (art. 394 do CPP); a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa (art. 516 do CPP), aliás, único caso em que cabe recurso (art. 581, I, do CPP).” (STF – HC 72.286, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 28-11-95, *DJ* de 16-2-96). No mesmo sentido: HC 70.763, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-6-94, *DJ* de 23-9-94.

ausência. Indubitavelmente há um conteúdo decisório e, portanto, uma decisão, que deve ser motivada.

Disso já disse Fauzi Hassan CHOUKR que “a garantia constitucional da motivação surge em mais este instante, mas ainda não devidamente aculturada pelos magistrados no exercício da prática forense. Com efeito, em obediência à norma constitucional, tanto a decisão de conteúdo positivo (recebimento) como o negativo (rejeição) deveriam ser fundamentadas. Na hipótese negativa os motivos ensejadores serão o norte para uma eventual manifestação recursal, enquanto na hipótese positiva dão a certeza às partes da existência, ao menos nesse momento inicial, das condições para o exercício do direito de ação”.³⁸⁷

Ainda, é digno de nota, sobre o tema, o Projeto de Lei 4.207/01³⁸⁸, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, que, em seu art. 396, determina a obrigatoriedade da motivação: “O juiz fundamentadamente decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa”. Nada obstante, eis que a proposta comporta uma evolução, é fato que com ou sem alteração no Código de Processo Penal, a Constituição deveria (e deve) valer por si. Para respeitá-la, não há que se esperar que o Código o diga.

O outro problema que importa enfrentar diz com a garantia constitucional do contraditório,³⁸⁹ que deve permear todo o desenvolvimento do processo, mas não encontra lugar no juízo de admissibilidade da acusação em diferentes procedimentos penais, incluindo o principal deles, o comum ordinário (artigos 394 a 405 e 498 a 502, do Código de Processo Penal). Nesses casos, ao oferecimento da denúncia ou queixa se segue o ato processual equivalente ao juízo de admissibilidade, sem qualquer

³⁸⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.84.

³⁸⁸ Texto do Anteprojeto de Código de Processo Penal da comissão integrada pelos seguintes juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual: Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério de Lauria Tucci e Sidnei Beneti, **Diário Oficial da União**, Seção 2, nº 15-E Brasília - DF, de 21 de janeiro de 2000.

³⁸⁹ Constituição da República de 1988: “**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

manifestação prévia do acusado, isto é, sem possibilidade de exercício do contraditório. É manifesta, neste sentido, a inadequação constitucional de tais procedimentos, por afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

É bem verdade, no entanto, que os procedimentos estabelecidos em leis processuais penais especiais mais recentes, posteriores à Constituição de 1988, costumam prever o ato da defesa prévia ao juízo de admissibilidade da acusação. É o caso, por exemplo, da Lei 8.038/1990, que institui normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (estendidas aos processos de competência originárias dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça pela Lei 8.658/1993): oferecida a denúncia, o artigo 4.º daquela lei prevê prazo de 15 (quinze) dias ao acusado para oferecer resposta escrita (cuja razão poderão ser, nos termos do art. 6.º, objeto de sustentação oral) antes da decisão sobre a admissibilidade da acusação.³⁹⁰ Este contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação se verifica – porém, com menor grau de garantias processuais –, também a título exemplo, nos procedimentos da Lei 9.099/1995, relativo aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 81)³⁹¹, e da Lei 11.343/2006, aplicado aos crimes, nela previstos, relacionados às drogas ilícitas (art. 55)³⁹².

Sem embargo, a conveniência – para não dizer necessidade – do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação não era desconhecida do legislador

³⁹⁰ Lei 8.038, de 28 de maio de 1990: “**Art. 4º** Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias”; “**Art. 6º** A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas. § 1º No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos, primeiro à acusação, depois à defesa. § 2º Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do Art. 12 desta lei.”

³⁹¹ Lei 9.099, de 12 de julho de 1995: “**Art. 81.** Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.”

³⁹² Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: “**Art. 55.** Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. § 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.”

anterior à Carta Magna de 1988. As situações em que ele existia, porém, denotam o caráter seletivo e repressivo da legislação processual penal brasileira. Com efeito, desde 1941, o Código de Processo Penal já estabelecia o contraditório prévio no procedimento especial dos crimes praticados por funcionários públicos (arts. 514 e 516)³⁹³, e, também, a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), no procedimento aplicável aos crimes praticados por meio da imprensa (art. 43, § 3º)³⁹⁴.

Em verdade, dar efetividade ao direito de defesa do acusado, nesse momento processual, é um dos requisitos à plena adequação constitucional do direito processual penal pátrio. Nas palavras de SOUZA NETTO, o contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação se trata

de intento destinado a dotar o processo de faculdades equivalentes entre as partes; e de impedir acusações sem o preenchimento das condições da ação e regularidade da acusação, que aí devem ser discutidas. Matéria de real importância, sempre foi extremamente descurada no nosso processo penal, mormente nos ritos ordinário e sumário, onde não há previsão da defesa prévia, ou seja, anterior ao juízo de admissibilidade, restando a reprovabilidade ao juiz da causa, que nem sempre preocupa-se com a efetiva avaliação. Tanto que, de modo equivocado, não poucos pensavam, ou pensam, tratar-se de um mero despacho, quando, em verdade, é, por evidente e óbvio, uma decisão interlocutória.³⁹⁵

Também a propósito da reforma processual, o Projeto de Lei 4.207/01, no art. 395, preceitua: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no

³⁹³ Código de Processo Penal: “**Art. 514** - Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.”; “**Art. 516** - O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.”

³⁹⁴ Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967: “**Art. 43**. A denúncia ou queixa será instruída com exemplar do jornal ou periódico e obedecerá ao disposto no Art. 41 do Código de Processo Penal, contendo a indicação das provas que o autor pretendia produzir. Se a infração penal tiver sido praticada através de radiodifusão, a denúncia ou queixa será instruída com a notificação de que trata o Art. 57. § 1º Ao despachar a denúncia ou queixa, o juiz determinará a citação do réu para que apresente defesa prévia no prazo de cinco dias. § 2º Não sendo o réu encontrado, será citado por edital com o prazo de quinze dias. Decorrido esse prazo e o quinquídio para a defesa prévia, sem que o réu haja contestado a denúncia ou queixa, o juiz o declarará revel e lhe nomeará defensor dativo, a quem se dará vista dos autos para oferecer defesa prévia. § 3º Na defesa prévia, devem ser argüidas as preliminares cabíveis, bem como a exceção da verdade, apresentando-se, igualmente, a indicação das provas a serem produzidas.”

³⁹⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 129.

prazo de 10 (dez) dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou da publicação do edital de citação.” E, no § 1º: “Na reposta o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo.” Sobre este dispositivo do projeto de lei, porém, afirma Aury LOPES JÚNIOR que se desperdiçou a oportunidade de estabelecer um período intermediário, entre as fases pré-processual e processual, caracterizado por uma audiência contraditória (semelhante à prevista na Lei 8.038/1990), em forma oral, inclusive com aporte de provas e arguição de testemunhas (em número reduzido): “Na essência, a função é a mesma, mas a forma dos atos (oralidade ou escrita) é completamente diferente e afeta, em última análise, a máxima eficácia do direito de defesa. Do contrário, teremos um ato simbólico, de pouca ou nenhuma eficácia para a defesa”.³⁹⁶⁻³⁹⁷

Por tudo, fundamental é que à defesa seja dada a oportunidade de manifestação sobre a conduta descrita na acusação antes de seu recebimento e,

³⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

³⁹⁷ A experiência processual penal norte-americana corrobora as palavras do autor: Naquele sistema processual, há uma audiência preliminar na qual o juiz verifica se efetivamente existe uma *probable cause*. É momento equivalente ao nosso juízo de admissibilidade da acusação, que toma lugar (a *preliminary hearing*) poucas horas após a prisão do acusado: “Quando uma pessoa é acusada de um *major crime [felony]*, a ela se pode dar uma audiência preliminar, ou interrogatório, perante o magistrado, habitualmente em algumas horas após a sua detenção. (...). O propósito da audiência preliminar é determinar se há prova suficiente justificando submeter o acusado aos procedimentos seguintes pelo *grand jury* ou pelo tribunal. (...). Se o acusado for desonerado após a audiência preliminar, isto normalmente conclui a prossecução do caso, mas ela pode ser novamente detida sob a mesma acusação se mais tarde, por alguma razão, considere-se que ela possa ser melhor processada. Por outro lado, se for mantida para julgamento, ela pode ser liberada sob fiança ou detida na prisão local.” (CALDWELL, Robert G.; NARDINI, William. **Foundations of law enforcement and criminal justice**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1977, pp. 210-211). Convém, ainda, mencionar que a *preliminary hearing*, segundo a Suprema Corte (*Coleman vs. Ala*, 1970), é fase processual em que se faz necessária a presença de advogado, sob pena de violação à Sexta Emenda (ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure: constitutional limitations – in a nutshell**. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993, p.360). [Tradução livre de: “When a person is accused of a major crime, he may be given a preliminary hearing, or examination, before the magistrate, ordinarily within a few hours after his arrest. (...). The purpose of the preliminary hearing is to determine whether there is sufficient evidence to justify holding the accused for further proceedings by the grand jury or the trial court.(...). If the accused is discharged after the preliminary hearing, this usually concludes the prosecution of the case, but he may be rearrested on the same charge if for any reason it later appears that he may be more successfully prosecuted. If, on the other hand, he is held for trial, he may be released on bail or detained in the local jail.”]

também, que o juiz fundamente a decisão interlocutória que a recebe, como manda a Constituição.³⁹⁸

3.4.2 *Os efeitos do juízo negativo de admissibilidade da acusação*

³⁹⁸ Recentemente, em manifestação que pode mudar os rumos deste incorreto entendimento judicial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, por ocasião do juízo de admissibilidade das acusações oferecidas como resultado do Inquérito 2.245, do Ministério Público Federal, instaurado para investigar o “caso dos mensaleiros”, afirmou que a denúncia não pode ser recebida por carimbo e ressaltou a necessidade do contraditório prévio. Na íntegra, o preâmbulo de seu voto, proferido em 24 de Agosto de 2007: “TRIBUNAL PLENO – INQUÉRIO 2.245 – EXPLICAÇÃO – O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, também já me ocorreu a dúvida que assaltou a Ministra Cármen Lúcia, a partir da sustentação, quanto à responsabilidade da Diretora Ayanna Tenório. No entanto, diante dos esclarecimentos realizados pelo Relator, entendo que a questão está sanada. Tenho uma impressão, e gostaria, nesses breves minutos, de dizer que o Tribunal está, como tem sido destacado pela mídia, a realizar um julgamento histórico. Tanto a atuação, aqui, do Ministério Público quanto a da defesa são dignas dos maiores encômios: transparentes, claras e necessárias para fazermos uma avaliação deste complexo processo. Por outro lado, cresce-me a convicção da importância deste procedimento. Na semana passada, discutíamos, em relação a um caso vinculado a este complexo evento, o recebimento da denúncia. Eu dizia da importância desta fase de defesa prévia no âmbito de primeiro grau. Lá se dizia, então, que as denúncias são recebidas com um carimbo. Claro que eram descrições. Não eram elogios, porque denúncia não pode ser recebida com carimbo. É preciso que se afirme e reafirme isso. Na verdade, carregar um processo criminal é algo muito grave. Não basta a informação de que as pessoas responderão depois, que depois se fará a defesa, ameaçando de forma muito forte a dignidade da pessoa humana ou, às vezes, usando o processo como pena. Sabemos muito bem disso. É preciso, portanto, que esta Corte reafirme esses princípios, porque não está apenas a julgar um caso. Na verdade, esta Corte dá lições permanentes para todas as demais Cortes do país. Por isso este julgamento assume este caráter emblemático. Não podemos permitir que o processo se convolve em pena; formular denúncias que se sabem inviáveis para, depois, nos livrarmos dos nossos problemas de consciência e tendermos à opinião pública, ou coisa que tal, e saibamos que aquele carrega, para sempre às vezes, a pecha do processo que se sabe inviável. Os colegas da Segunda Turma devem se lembrar de um caso hoje histórico. Não conheço, na história penal do Tribunal, dos tempos recentes, algo mais bizarro que a denúncia por conta dos dólares no Afeganistão. Não conheço nada mais bizarro. Denúncia recebida pelo Tribunal Regional Federal de São Paulo e preservada pelo STJ, só corrigida, por unanimidade, pela Segunda Turma no julgamento do HC nº 84.388/SP, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa (julgado em 14.12.2004, *DJ* 19.5.2006). O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Voto meu, Ministro Gilmar Mendes. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Saúdo Vossa Excelência. Vejam, portanto, a importância, inclusive, do *habeas corpus* que chega a esta Casa. Quase que uma infantilidade tramitava, e se levaria o processo para frente. Por quê? O TRF recebeu a denúncia inviável; o STJ a manteve, e somente esta Corte pôde corrigir o equívoco. Portanto, é fundamental, neste momento inicial, fixarmos essas linhas, vitais para o processo do Estado de Direito. Este, como sabemos, não conhece soberanos. Talvez seja uma das suas mais adequadas definições. Já se disse, em outro tempo, que Estado de Direito era aquele no qual se batia às portas de alguém às seis horas da manhã e se sabia que quem estava a bater era o leiteiro e não a polícia. Hoje a polícia até pode bater à porta, às vezes com um mandado judicial desfundamentado. É preciso termos cuidado com todas essas evoluções. Por isso faço este preâmbulo que, de certa forma, balizará também o meu pensamento neste julgamento como um todo, tendo em vista as experiências aqui vividas.”

A decisão que deixa de receber a acusação, pela falta de um ou mais dos requisitos de admissibilidade da acusação, produz efeitos diversos conforme a “condição da ação penal” faltante.

O argumento inicial, aqui, é exegético: o parágrafo único, do art. 43, do Código de Processo Penal, estabelece que apenas em relação à falta das condições de admissibilidade da ação penal previstas no inciso III, do mesmo artigo, é que se admite o intento de nova acusação no caso suprimimento da condição ausente (“Nos casos do n.º III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição”). Assim, concretamente, se deixar o juiz de receber a denúncia ou a queixa por de falta *legitimidade de parte*, de *justa causa* ou de uma das *condições específicas da ação penal*, nova ação pode ser promovida ao seu preenchimento.

No que diz com o problema da *legitimidade*, se for “ilegítima” a parte, no caso de ação penal pública de iniciativa do Ministério Público, o juiz determinará que a legítima se manifeste. Já, agora, no caso de ação penal de iniciativa privada, ante a ilegitimidade, determinará o magistrado que se aguarde pela manifestação da parte legítima (art. 19, do Código de Processo Penal³⁹⁹).⁴⁰⁰

A falta de *justa causa*, como ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, desde o já citado art. 18, do Código de Processo Penal, é fundamento material ao pedido e decisão de arquivamento do inquérito policial.⁴⁰¹ Como indica o mesmo dispositivo, se surgirem novas e melhores provas, pode o procedimento de investigação preliminar ser desarquivado. Sendo assim, se ao invés de requerer o arquivamento, for oferecida acusação sem *justa causa*, não é de se imaginar que a decisão do juiz, ao deixar de recebê-la, possa impedir novo exercício de ação se suprida a deficiência probatória. Raciocínio semelhante pode ser elaborado em relação às ditas *condições específicas da ação penal* e à *tipicidade aparente*, se a decisão se der por falta de provas.

³⁹⁹ Código de Processo Penal: “**Art. 19** - Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.”

⁴⁰⁰ COUTINHO, J. N. M. *A natureza... Op. Cit.*, p. 50.

⁴⁰¹ *Id. Ibid.*

Neste sentido, Ada Pellegrini GRINOVER, propõe chamar esta decisão de “não recebimento” da denúncia ou queixa, eis que não preclui a via judiciária, isto é, não impede a admissibilidade de nova ação penal.⁴⁰² A expressão “não recebimento” decorre da própria legislação, a teor do art. 581, I, do Código de Processo Penal,⁴⁰³ que estabelece o *recurso em sentido estrito* como o meio legal de impugnação desta decisão.

O mesmo argumento, *a contrariu sensu*, pode ser utilizado para sustentar que a decisão do juiz fundada nos incisos I (desde que não seja por falta de provas) e II, do art. 43, do Código de Processo Penal, preclui a via judiciária e, por isso, impede a admissibilidade de nova acusação.⁴⁰⁴

De fato, o reconhecimento pelo juiz da falta de *tipicidade aparente* ou de *punibilidade concreta* pode equivaler a uma decisão de mérito, e, neste caso, representa verdadeiro acerto negativo do caso penal.⁴⁰⁵

Por óbvio, se o fato narrado evidentemente não é crime, ou está extinta a punibilidade, não há que se falar em nova acusação. Neste sentido, GRINOVER propôs chamar esta decisão de “rejeição” da denúncia ou queixa, para diferenciá-la, por seus efeitos, da decisão de “não recebimento”.⁴⁰⁶ Desta decisão, por ser, assim, definitiva, cabe o recurso de *apelação*, com fundamento no art. 593, II, do Código de Processo Penal.⁴⁰⁷

⁴⁰² GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 1977, p. 153. Nos casos de inépcia da inicial (art. 41, do Código de Processo Penal), embora não se refiram ao juízo em relação às condições da ação, por seus efeitos, fala-se, também, em “não-recebimento” da denúncia ou queixa.

⁴⁰³ Código de Processo Penal: “**Art. 581** – Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I – que não receber a denúncia ou a queixa.”

⁴⁰⁴ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 1977, pp. 70-71.

⁴⁰⁵ Este fato, aliás, poderia levar a questionamentos sobre a perfeição do modelo teórico vigente sobre as condições da ação penal. Como se sabe, o juízo negativo de admissibilidade da ação penal impediria a atuação jurisdicional em relação ao caso penal (ou a obtenção da tutela jurisdicional pelo autor, como afirma Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO). Nos casos em que o fato narrado evidentemente não constitui crime ou está extinta a punibilidade, porém, o juiz não só atua em relação ao caso penal, como o resolve negativamente. Isto parece ressaltar o caráter inquisitivo do sistema processual penal brasileiro: no que diz com a *punibilidade concreta*, aliás, mesmo antes de oferecida a denúncia, considera-se que, nos termos do art. 61, do Código de Processo Penal, pode o juiz declará-la extinta, a despeito da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo.

⁴⁰⁶ *Id. Ibid.*

⁴⁰⁷ Código de Processo Penal: “**Art. 593** – Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior.”

3.5 Conclusões parciais

Sem necessariamente infirmar o interesse de agir como condição à admissibilidade da acusação, problema que será examinado ao final, este capítulo serviu-se à construção de uma base teórica para a discussão dos requisitos de admissibilidade da acusação e à apresentação de uma nova abordagem científica sobre o tema, que busca na autonomia do direito processual penal seu fundamento. Neste sentido, algumas conclusões podem ser constatadas:

a) as *condições de admissibilidade da ação penal* – elaboradas, a partir de uma abordagem teórica processual penal autônoma – devem ser deduzidas do próprio Código de Processo Penal (no art. 43, em interpretação sistemática com o art. 18), de forma negativa, ou seja, o implemento das hipóteses lá descritas resulta em rejeição da denúncia ou queixa. Assim, pode-se denominar: *tipicidade aparente* ou *injusto aparente* (art. 43, I); *punibilidade concreta* (art. 43, II); *legitimidade da parte* (art. 43, III, 1ª parte); *justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18);

b) além das condições genéricas de admissibilidade da ação penal, que se aplicam a todas as ações, em todos os casos, são também conhecidas as *condições específicas da ação penal*, que se limitam a situações específicas previstas em dispositivos processuais penais do Código e de leis especiais, e se inserem no juízo de admissibilidade por sua interpretação sistemática com o art. 43, III, 2ª parte, do Código de Processo Penal;

c) em homenagem às garantias processuais penais fundamentais da *ampla defesa* e do *contraditório*, estabelecidas na Constituição da República de 1988 (art. 5.º, LV), é indispensável que seja dada à defesa a oportunidade de manifestação sobre a conduta imputada ao acusado antes do recebimento da acusação, e, também, que o juiz motive a decisão interlocutória que a recebe, como exige o art. 93, IX, da Carta Magna;

d) os efeitos do juízo de admissibilidade negativo da ação penal são diferentes conforme a condição da ação faltante, de modo que se fala em *rejeição* quando estiver

extinta a punibilidade ou o fato narrado evidentemente não constituir crime e em *não-recebimento* nos casos de *ilegitimidade da parte*, falta de *justa causa* ou ausência de provas em relação à *tipicidade aparente*.

4 O INTERESSE DE AGIR E SUA (IN)ADEQUAÇÃO AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

Tudo o que foi tratado nos capítulos anteriores converge para o estudo que se pretende traçar neste último: o problema da adequação do *interesse de agir*, como requisito de admissibilidade da acusação, ao direito processual penal.

Este desiderato será alcançado após breve reconstituição do discurso processual civil sobre aquela condição da ação, necessária para a correta compreensão de sua importação na seara processual penal e, principalmente, do conteúdo que a doutrina civil-penal, aqui, oferece-lhe.

Em seguida, à semelhança do que se fez em relação às outras duas condições da ação civil, submeter-se-á o conteúdo processual penal do *interesse de agir* à análise orientada pelos pressupostos fundamentais da pesquisa, isto é, desde um ponto de partida autônomo e desvinculado da teoria processual civil.

4.1 O interesse de agir no processo civil: a busca de seu conteúdo original e apontamentos sobre sua problematização na seara do direito privado

O tema do *interesse de agir* no direito processual civil está longe do consenso que os autores da teoria geral do processo podem fazer crer: inúmeras são as correntes teóricas e interpretações que se faz do instituto, sendo evidente que o uso de expressão com significado tão vago, “interesse”, contribui para este estado de coisas.

4.1.1 Breves considerações sobre o uso da expressão “interesse” no direito processual civil

Não se pretende aqui resgatar, com grande profundidade, o significado, ou significados, do termo *interesse* na linguagem comum ou na filosofia. Tal esforço pouco, ou mesmo nada, contribuiria para a compreensão desta que é uma categoria técnico-jurídica. De fato, aqui, eis que o importante é examinar a possibilidade de

transporte deste conceito processual civil à ação penal, partir-se-á do fecundo, embora controverso, desenvolvimento atual do tema na seara civilista.

A expressão *interesse*, com conotação jurídico-processual, é conhecida na legislação, pelo menos, desde a metade do século XIX, bem como foi utilizada por Adolf WACH, em 1885, no seio de sua teoria sobre a *pretensão de tutela jurídica* (*Rechtsschutzanspruch*), para designar a existência de um direito material ameaçado ou lesionado, o que justificaria sua tutela jurisdicional.⁴⁰⁸

Aldo ATTARDI explica que a necessidade de encontrar um sentido processual para o termo *interesse* decorre do art. 100, do Código de Processo Civil italiano, de 1940,⁴⁰⁹ equivalente ao art. 36, do “*codice*” anterior (1865),⁴¹⁰ ao estabelecer que, “para propor uma demanda ou para contestá-la é necessário haver interesse”.⁴¹¹ Como ensina o autor, porém, interesse aqui tem um sentido técnico relacionado à admissibilidade da demanda, pouco importando as acepções leigas do termo. De fato, sabe-se que “a demanda, apenas pelo fato de ter sido proposta, pressupõe desde logo um *interesse* a sua propositura, não se podendo imaginar um ato que venha realizado sem que haja *interesse* em seu autor”.⁴¹² Este interesse, que pode dizer com uma infinidade de motivos de naturezas diversas que levam alguém a propor uma demanda judicial, por óbvio, não se confunde com o *interesse de agir*, que tem um sentido estrito e desempenha um papel determinado no sistema do direito processual civil.

Sem embargo, é preciso não esquecer, pela influência que exerceu – e exerce – sobre a doutrina processual civil brasileira, que o *interesse* tem um papel central na obra de CARNELUTTI, eis que compõe um dos elementos constitutivos do conceito (nuclear em sua obra) de lide. Mais do que isso, para o autor, “a noção fundamental

⁴⁰⁸ WACH, A. *La pretensión...* *Op. Cit.*, p. 51 (sobre o tema, remete-se o leitor ao tópico 2.3.4, *supra*).

⁴⁰⁹ *Codice di procedura civile*, de 28 de outubro de 1940: “**Art. 100.** (*Interesse ad agire*) *Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*”.

⁴¹⁰ *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, de 1865: “**Art. 36.** “*Per poter proporre una domanda o contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*”.

⁴¹¹ O vigente Código de Processo Civil brasileiro, em evidente cópia ao italiano, tem dispositivo semelhante: “**Art. 3º.** Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

⁴¹² ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Pádua: CEDAM, 1952, p. 1. [Tradução livre de: “*la domanda, per il solo fatto di essere stata proposta, presuppone senz'altro un interesse alla sua proposizione, non potendosi immaginare un atto che venga compiuto senza che vi sia interesse nel suo autore*”].

para o estudo do direito é a noção de interesse. Esta é, por sua vez, estritamente ligada à noção de *necessidade*; interesse é exatamente uma relação entre uma necessidade do homem e um *quid* apto a satisfazê-la. Mais precisamente o interesse se define com uma situação favorável à satisfação de uma necessidade”.⁴¹³

Com efeito, CARNELUTTI relaciona a noção de *interesse* à satisfação de um interesse do homem: “Se interesse é a situação de um homem favorável à satisfação de uma necessidade, essa situação se verifica, portanto, respectivamente a um bem: *homem e bem* são os dois extremos da relação, a que nós chamamos interesse”.⁴¹⁴

Trata-se, pois, a toda evidência, de um conceito inserido no seio da modernidade,⁴¹⁵ fundado na meta de resolver os problemas do universal com centralidade no homem, isto é na Filosofia da Consciência. Há, então, um vínculo histórico-ideológico no discurso que não pode ser ignorado no estudo, que se passa a fazer, do *interesse* no direito processual civil.

4.1.2 O interesse de agir vinculado ao direito subjetivo material

Os primeiros enfoques teóricos, presentes em vários autores, sobre o tema do interesse de agir – em semelhança à própria *teoria concreta da ação*, de Adolf WACH – não puderam ser concebidos em leituras completamente desvinculadas do direito

⁴¹³ CARNELUTTI, F. *Lezioni di diritto... Op. Cit.*, v. I, p. 3. [Tradução livre de: “*La nozione fondamentale per lo studio del diritto è la nozione di interesse. Questa è a sua volta strettamente legata alla nozione di bisogno; interesse è appunto un rapporto tra un bisogno dell'uomo e un quid atto a sodisfarlo. Più precisamente l'interesse si definisce come una situazione favorevole al sodisfacimento di un bisogno*”].

⁴¹⁴ *Id. Ibid.* [Tradução livre de: “*Si interesse è la situazione di un uomo favorevole al sodisfacimento di un bisogno, questa situazione si verifica dunque rispetto a un bene: uomo e bene sono i due termini del rapporto, che noi chiamiamo interesse*”].

⁴¹⁵ Nicola ABBAGNANO, desde Kant e Hegel, que interesse é a “participação pessoal numa situação qualquer e a dependência que dela resulta para a pessoa interessada. Trata-se de um conceito moderno que Kant utiliza no domínio da estética, com a finalidade de afirmar o caráter ‘desinteressado’ do prazer estético: ‘chama-se de interesse o prazer que associamos à representação da existência de um objeto. Esse prazer tem sempre relação com a faculdade de desejar, seja como causa determinante dele, seja como necessariamente atinente a tal causa. Mas quando se trata de julgar se uma coisa é bela, não queremos saber se sua existência importa para nós ou para qualquer pessoa; só queremos saber como julgá-la ao contemplá-la’ (*Crít. do Juízo*, § 2º). Hegel, por sua vez, ao definir o interesse como ‘o momento da individualidade subjetiva e de sua atividade’, entendia com isso a presença do sujeito na ação (*Enc.*, § 475).” (**Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 578).

material, mesmo que alguns deles não tivessem dúvidas em relação à autonomia do direito de ação. Tais abordagens serão representadas pelo pensamento do autor da teoria concreta, por Giuseppe CHIOVENDA, que desenvolveu, desde WACH, uma teoria concretista própria, e pelas lições de Enrico REDENTI e Salvatore SATTA.

a) *Adolf Wach e o legítimo interesse na tutela do direito*

Como já se mencionou, Adolf WACH condiciona a existência da *pretensão da tutela jurídica* (*Rechtsschutzanspruch*) à presença de um interesse legítimo na proteção do direito. Nas palavras do autor, “o processo é um meio para conceder a tutela jurídica justa, ou, visto subjetivamente: para satisfazer o interesse legítimo na tutela jurídica. Esse interesse confere pretensão ao ato processual de tutela. (...). E também onde existe um direito, o interesse e a pretensão de tutela jurídica (esta última em *conformidade com o direito processual*) se associam a ele unicamente se o direito está em perigo ou prejudicado, se não se lhe satisfaz quando tem juridicamente necessidade de sê-lo. O direito que não é ameaçado ou que tenha sido satisfeito não requer tutela”.⁴¹⁶

Embora WACH reconheça a autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material, só confere interesse à pretensão de tutela jurídica àquele que, efetivamente, é titular de um direito substancial lesionado ou ameaçado – não por outra razão sua teoria é apelidada *teoria concreta da ação*.

Deixando-se de lado a parcela da doutrina que ignora a ação processual como um instituto independente do direito material (*teoria imanentista da ação*), o sentido dado por WACH – interesse processual como existência de um direito violado ou em perigo – pode ser considerado uma abordagem teórica inicial sobre o tema. Não se olvida, porém, que a legislação processual civil italiana já exigia, ao autor de uma

⁴¹⁶ WACH, A. **Manual... Op. Cit.**, pp. 42-43. [Tradução livre de: “*El proceso es un medio para conceder la tutela jurídica justa, o, visto subjetivamente: para satisfacer el interés legítimo en la tutela jurídica. Ese interés confiere pretensión al acto procesal de tutela jurídica. (...). Y también donde existe un derecho, el interés y la pretensión de tutela jurídica (esta última de conformidad con el derecho procesal) se le asocian únicamente si el derecho peligra o es menoscabado, si no se lo satisface cuando tiene jurídicamente necesidad de serlo. El derecho que no es amenazado o que ha sido satisfecho no requiere tutela*”].

demanda judicial, ter *interesse*.

b) *Giuseppe Chiovenda e o dano injusto decorrente da omissão jurisdicional*

De fato, Giuseppe CHIOVENDA vincula o interesse de agir (por ele identificado no art. 36, do Código de Processo Civil italiano, de 1865) à necessidade da tutela jurisdicional fundada na evitação a um dano injusto decorrente de sua omissão.

Segundo sustenta em suas “*Istituzioni di diritto processuale civile*” (1933), “de modo geral, é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisto, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto”.⁴¹⁷ Ainda, em outro trecho, que revela bem o conteúdo do interesse de agir na visão de CHIOVENDA, conclui que ele “decorre de uma situação de fato tal que o autor, sem a declaração judicial da vontade concreta da lei, sofreria um dano injusto, de modo que a declaração judicial se apresenta como o meio necessário de evitá-lo”.⁴¹⁸

Este é um conceito que decorre, evidentemente, da teoria chiovendiana da ação, que – atrelada ao direito subjetivo material – só a confere ao titular do direito substancial. Em suma, só há interesse de agir quando há um direito violado ou ameaçado.

No Brasil, Alfredo BUZAID é tributário da lição de CHIOVENDA. Para o autor, o interesse processual “consiste na *necessidade* de recorrer ao Poder Judiciário a fim de não sofrer um dano injusto”.⁴¹⁹ Apesar disso, não ignora BUZAID que o interesse processual não se confunde com o interesse material, tratando este como matéria de mérito e aquele como o que justifica o ingresso em juízo.⁴²⁰

⁴¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 181.

⁴¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 226.

⁴¹⁹ BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 42 (sem grifos no original).

⁴²⁰ *Id. Ibid.* Ver também BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 262-271, no capítulo que trata do *interesse processual*.

c) *Enrico Redenti e a quinta roda do carro*

Ainda, em análise ao supracitado art. 100, do Código de Processo Civil italiano, Enrico REDENTI afirma que o *interesse processual* “não tem uma razão de ser distinta e autônoma.” Antes, em verdade, é ele o “*elemento integrante* essencial, senão primordial, não somente do direito subjetivo primário subjacente, mas também da ação (*ius persecuendi*). De fato, também quando a ação, como de regra, deriva de um direito subjetivo primário, nasce precisamente quando, pelo fato de uma transgressão ou de um estado de insatisfação, surge a razão e, conseqüentemente, o interesse de requerer a tutela jurisdicional”.⁴²¹ E conclui, neste sentido, que o interesse processual não é um elemento “distinto e diverso, que sobrevenha e se acrescente à ação e à exceção já nata, para torná-la admissível (pois que constituiria... a quinta roda do carro), antes, como dizíamos, é dela um elemento intrínseco”.⁴²²

Mencione-se, ainda, que à lição de REDENTI, aderiu Salvatore SATTA, para quem o interesse processual não é distinto do interesse substancial (que, em sua opinião, sequer se distingue do direito subjetivo material).⁴²³

⁴²¹ REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1951 (reimpressa em 1957), p.62. [Tradução livre de: “*non ha una ragion d’essere distinta ed autonoma*”; “*elemento integrante essenziale anzi primordiale, non solo del diritto soggettivo primario sottostante, ma anche dell’azione (ius persecuendi)*. Infatti anche quando l’azione, come di regola, derivi da un diritto soggettivo primario, nasce precisamente allorchè, per effetto di una transgressione o di uno stato di insoddisfazione, sorge la ragione e quindi anche l’interesse di chiederne la tutela giurisdizionale”].

⁴²² *Id. Ibid.*, p. 63. [Tradução livre de: “*distinto e diverso, che sopravvenga e si aggiunga alla azione ed alla eccezione già nata, per renderla accoglibile (ciò che costituirebbe... la quinta ruota del carro), bensì, come dicevamo, è già un loro elemento intrinseco*”].

⁴²³ Para SATTA, constituindo o *interesse processual* “elemento integrante primordial, para não dizer essencial da ação, não se pode falar de um interesse de agir senão como de uma inútil duplicação. Esta objeção, em nossa opinião, põe em termos exatos o problema do interesse de agir, que é aquele de saber se, além do interesse substancial que determina a ação, existe um interesse processual dele distinto e que com ele não se confunde. Não há dúvida que a esta pergunta se deva responder negativamente”. (**Diritto processuale civile**. 5ª ed. Pádua: CEDAM, 1957, p.107). [Tradução livre de: “*elemento integrante primordiale, anzi essenziale dell’azione, non si può parlare di un interesse ad agire se non come di un inutile doppione. Questa obbiezione, a nostro avviso, pone nei suoi esatti termini il problema dell’interesse ad agire, che è quello di sapere se, oltre l’interesse sostanziale che determina l’azione, esiste un interesse processuale da esso distinto e con esso non confondibile. Non sembra dubbio che a questa domanda si debba rispondere negativamente*”].

d) *Uma apreciação crítica fundada na autonomia do direito de ação*

Como se viu, todas as três correntes teóricas apresentadas, respeitadas suas variações conceituais, terminam por vincular o interesse de agir à existência de um direito ou interesse material ameaçado ou violado.

Com a evolução do conhecimento em relação ao direito processual, porém, as abordagens teóricas posteriores, já calcadas na noção de autonomia do direito de ação, passaram a buscar um fundamento eminentemente processual para o interesse de agir.

Esta leitura está presente, por exemplo, no LIEBMAN do “*Manuale di diritto processuale civile*” (como se verifica em sua 3ª edição, publicada em 1973), para quem perquirir a existência do interesse primário, decorrente do direito substancial, é resolver o mérito da causa.⁴²⁴ Por isso, afirma que “distingue-se do interesse substancial para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro”.⁴²⁵ Ainda, o autor representa esta diferença por meio de um exemplo que já se tornou clássico: “o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento dessa importância; o interesse de agir surgirá se o devedor não pagar no vencimento e terá por objeto a sua condenação e, depois, a execução forçada à custa de seu patrimônio”.⁴²⁶

Em verdade, apesar de trabalhar o interesse de agir como o elemento material do direito de ação, para extremá-lo do *meritum causae*, LIEBMAN constrói a noção de que as condições da ação devem ser perquiridas desde o alegado pelo autor, isto é, a partir da assertiva de lesão ao interesse substancial.⁴²⁷ Esta concepção vai permear as

⁴²⁴ LIEBMAN, E. T. **Estudos...** *Op. Cit.*, pp. 141-142.

⁴²⁵ LIEBMAN, E. T. **Manual...** *Op. Cit.*, v. I, p. 206.

⁴²⁶ *Id. Ibid.*

⁴²⁷ *Id. Ibid.* Não se olvide, porém, que LIEBMAN, anteriormente, concebeu o *interesse processual* como elemento do direito de ação vinculado à concreta existência de uma lesão ou ameaça a direito, numa leitura que é assumidamente tributária da obra de CHIOVENDA e foi superada nos desenvolvimentos posteriores da obra liebmaniana: “A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de o resolver. Se não existe o conflito, ou se o pedido não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo” (**O despacho...** *Op. Cit.*, p. 224).

discussões que se seguiram sobre o instituto e que lhe pretenderam focar sob um ângulo eminentemente processual.

Neste sentido, desde LIEBMAN, GRINOVER sustenta que o *interesse material* (interesse em lide, ou primário) é diverso do *interesse processual* (interesse na “composição” da lide, ou secundário), que representa “conseguir, pelos órgãos da Justiça e através de sua atividade, a satisfação do interesse material”.⁴²⁸ É o interesse na tutela jurisdicional, portanto, que dizem aqueles autores não se confundir com a existência do direito material violado ou ameaçado (matéria inerente ao mérito).

4.1.3 *A extensão do conteúdo processual civil do interesse de agir: debates entre adequação, necessidade e utilidade*

Como se viu, é premissa do debate eminentemente processual sobre o *interesse de agir* compreendê-lo de forma desvinculada ao direito subjetivo material, sendo que alguns, no extremo, perquirem-no desde o alegado pelo autor, *in statu assertionis*. Neste sentido, há grande diversidade de abordagens teóricas, que identificam à condição da ação diferentes conteúdos.

De uma forma ou de outra, porém, as explicações acabam sempre por orbitar as noções de *adequação* do provimento jurisdicional pleiteado, *necessidade* e/ou *utilidade* da atuação jurisdicional.

a) O interesse de agir como necessidade da tutela jurisdicional

Embora sem distinguir o direito subjetivo material do interesse processual, a noção de interesse como *necessidade* da jurisdição já estava em CHIOVENDA, como se disse, ao compreender que há *interesse* quando a tutela jurisdicional é necessária para evitar um dano injusto.

Nada obstante, James GOLDSCHMIDT – embora tenha negado à ação civil a natureza de direito processual –, ao tratar dos requisitos da tutela jurídica, que chama

⁴²⁸ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, p. 87.

de condições da ação, entre elas insere a “verdadeira *necessidade* ou *interesse* de tutela judicial”. Segundo o autor, “falta esta necessidade quando se acusa de uma maneira clara que o autor possui outro caminho mais econômico e mais curto para fazer cumprir seu direito”.⁴²⁹ À época, diferentemente do que acontecia na Itália, a legislação processual civil alemã não contava com dispositivo legal análogo ao supracitado art. 36 do *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*.⁴³⁰ Sendo assim, é admissível a conclusão de que esta construção teórica de GOLDSCHMIDT decorre da influência – confessa em certos pontos – do pensamento de WACH em sua obra.

Já, agora, em relação ao tratamento do tema desde um ângulo processual, no Brasil, pode-se mencionar o trabalho de Celso Agrícola BARBI, na obra “Ação declaratória principal e incidente”, cuja edição inaugural é de 1955: “Com a renovação dos estudos processuais e conseqüente verificação da autonomia da ação, outras investigações se fizeram necessárias para ajustar o conceito às novas aquisições da ciência. Sendo a ação considerada distinta da relação do direito material, evidentemente não se poderia identificar o interesse a ela referente com aquele conflito no direito subjetivo”.⁴³¹ E, neste diapasão, compreende o interesse de agir como “a *necessidade* do uso dos meios jurisdicionais para a tutela de um direito”.⁴³²

BARBI, todavia, que é um concretista, sugere que o *interesse de agir* é condição da ação que pode ser verificada em qualquer fase do procedimento, inclusive no momento em que a sentença é proferida, num sentido que, portanto, não pode ser completamente desvinculado do direito material.⁴³³ Todavia, esta concepção, que aparece também em LIEBMAN,⁴³⁴ desnatura o *interesse de agir* como condição à

⁴²⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936, p. 97. [Tradução livre de: “*verdadera necesidad o interés de tutela judicial*”; “*falta esta necesidad cuando se acusa de un modo claro que el actor posee otro camino más económico y más corto para hacer cumplir su derecho*”].

⁴³⁰ Ver nota de rodapé n.º 410.

⁴³¹ BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 80.

⁴³² BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 49.

⁴³³ BARBI, C. A. **Ação... Op. Cit.**, pp. 87-88.

⁴³⁴ LIEBMAN, E. T. **Manual... Op. Cit.**, v. I, pp. 203-204.

admissibilidade da ação.⁴³⁵

Por outro lado, Moacyr Amaral SANTOS, reconhecendo a diferença entre o *interesse substancial* e o *interesse processual*, compreende este último como o “interesse que move a ação”, e conclui: “Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou *necessidade* de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão”.⁴³⁶

b) O interesse de agir como adequação do provimento jurisdicional pleiteado

Em visão diversa da então predominante, fundada na noção de *necessidade*, José Frederico MARQUES concebeu o interesse de agir, apenas, como *adequação* da via judicial eleita pelo autor à satisfação de seu interesse material.

Neste sentido, principia por dizer que o interesse processual não se confunde com o material e indica o conteúdo daquela condição da ação: “Diz-se, por isso, que o interesse de agir é instrumental e secundário, subsidiário e de natureza processual, em relação ao interesse de direito substantivo. (...). Para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão *adequada* à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, traduz-se em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional do Estado”.⁴³⁷

E assim, de forma ainda mais clara, conclui MARQUES que “o interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disto resulta que somente há interesse de agir quando se pede uma

⁴³⁵ Sobre esta conclusão, já disse Luiz Guilherme MARINONI que no momento da sentença o juiz já está “apto a reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido (...). A menos quando se vê o preenchimento das condições da ação como uma garantia de que o processo não se desenvolverá de forma inútil. Ou seja, quando se entende que as condições da ação têm sua função ligada ao princípio da economia processual (...), não há qualquer lógica em admitir que o juiz declare a ausência de uma condição da ação ao final do processo, pois nesse caso se estará admitindo a sua inutilidade após dois ou três anos de seu início” (*Teoria... Op. Cit.*, pp. 180-181).

⁴³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 170.

⁴³⁷ MARQUES, J. F. *Instituições... Op. Cit.*, v. II, p. 40.

providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida”.⁴³⁸

c) O interesse de agir como necessidade da tutela jurisdicional e adequação do provimento jurisdicional pleiteado

Outra concepção sobre o conteúdo do *interesse de agir* adiciona à noção de *necessidade* da jurisdição a *adequação* do provimento jurisdicional pleiteado pelo autor.

Aldo ATTARDI, entre os italianos, em conclusão à sua monografia dedicada ao tema, conclui que o princípio do interesse de agir

exprimiria a exigência, de um lado, que o recurso ao órgão jurisdicional para a tutela para a tutela de seus direitos represente o extremo remédio para o cidadão, que seria admissível somente se o indivíduo não encontrasse no terreno extraprocessual outros meios para a sua satisfação, ou se a tentativa de tal tenha restado infrutífera; do outro, que, escolhendo entre os diversos meios predispostos no ordenamento jurídico, se sirva daquele que assegure o caminho mais rápido, conveniente e econômico.⁴³⁹

No Brasil, pela obra de Cândido Rangel DINAMARCO, estas noções influenciaram diversos processualistas, de modo que parcela significativa da doutrina processual civil, hoje, identifica o interesse de agir pelo binômio *necessidade-adequação*. Aquele autor, neste sentido, sugere que o interesse de agir encerra uma convergência entre o *interesse do Estado*, que não põe sua estrutura jurisdicional à disposição do cidadão em qualquer caso, e o *interesse do particular*, quando ele, concretamente, necessitar dos órgãos jurisdicionais para satisfazer uma pretensão. Nas palavras do autor: “Em duas hipóteses, nega-se o Estado a despender energias instaurando um processo e conduzindo-o até o final: quando o processo não é necessário no caso concreto, e quando o provimento ou procedimento pedido não é adequado para atingir ao escopo de atuação da vontade da lei substancial do caso

⁴³⁸ *Id. Ibid.*, p. 41.

⁴³⁹ ATTARDI, A. **Interesse... Op. Cit.**, p. 204. [Tradução livre de: “*esprimerebbe l’esigenza, da un lato, che il ricorso all’organo giurisdizionale per la tutela dei propri diritti rappresenti l’estremo rimedio per il cittadino, onde esso sarebbe ammissibile solo se il singolo non trovi nel terreno extraprocessuale altri mezzi per la soddisfazione del proprio diritto o il loro esperimento sia stato infruttuoso; dall’altro che scegliendosi tra i diversi mezzi predisposti dall’ordinamento giuridico, ci si debba servire di quello che assicuri la via più rapida, conveniente, economica*”].

concreto”;⁴⁴⁰ sendo assim, o interesse de agir, analiticamente, “apresenta-se como a soma dos dois requisitos acenados acima: *necessidade concreta* do processo e *adequação* do provimento e do procedimento desejados”.⁴⁴¹⁻⁴⁴²

Ada Pellegrini GRINOVER, por sua vez, relaciona a exigência do *interesse de agir*, desde o binômio *necessidade-adequação*, à tendência de racionalização econômica do processo: “nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual”.⁴⁴³ A mesma autora, porém, recentemente modificou seu entendimento, como se demonstrará abaixo, passando a compreender o interesse de agir desde o trinômio *necessidade-utilidade-adequação*, atribuindo à *utilidade* um conteúdo próprio e distinto dos demais elementos.

d) *O interesse de agir como utilidade da tutela jurisdicional*

Um conjunto de autores descreve o interesse de agir a partir de uma noção de *utilidade*, expressão que tem recebido diversas acepções no tocante à admissibilidade da ação.

O italiano Ugo ROCCO, ainda na vigência do art. 36, do *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, afirmou a diferença entre o interesse primário, de direito material, e o interesse de agir, secundário, e sustentou que este último se apresenta quando há *utilidade*, para o titular do direito subjetivo, na provocação em seu favor da tutela jurisdicional.⁴⁴⁴ Neste sentido, trata da utilidade como um *efeito* do provimento jurisdicional pleiteado: “existe o interesse secundário à declaração da tutela que corresponde a um interesse determinado, ou à realização de um determinado interesse,

⁴⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil: a execução na teoria geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.141.

⁴⁴¹ *Id. Ibid.*

⁴⁴² No mesmo diapasão: CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral... Op. Cit.**, 1979, pp. 222-223; GRINOVER, A. P. **As condições... Op. Cit.**, 1977, pp. 87-89; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. I, pp. 127-128;

⁴⁴³ GRINOVER, A. P. **As condições... Op. Cit.**, 1977, p. 88.

⁴⁴⁴ ROCCO, Ugo. **Derecho procesal civil**. 2ª ed. Trad. Felipe de J. Tena. México, D.F.: Porrúa, 1944, p. 156.

cuja tutela seja certa, quando tal declaração ou tal realização produzam uma ‘utilidade atual’ para seu titular. A utilidade se refere, pois, ao efeito do ato jurisdicional solicitado”.⁴⁴⁵

Ainda, no Brasil, em interpretação semelhante, Alfredo de Araújo LOPES DA COSTA defende que “o conceito de interesse jurídico, expresso de modo geral, é aquela *utilidade* que se pode tirar da atividade do órgão jurisdicional”.⁴⁴⁶

Sobre esta concepção do *interesse de agir*, fundada apenas no critério da utilidade, convém mencionar a crítica elaborada por Celso Agrícola BARBI, que se transcreve integralmente:

Outros autores são mais liberais no conceituar o interesse de agir e o qualificam como a *utilidade* que se pode retirar da atividade jurisdicional. Digo mais liberais porque tudo que é necessário é útil, mas nem tudo que é útil é necessário. A nosso ver, a primeira posição [interesse de agir como necessidade] é a mais correta, porque o tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção daqueles órgãos.⁴⁴⁷

Por outro lado, LOPES DA COSTA distingue⁴⁴⁸ a *necessidade da tutela*

⁴⁴⁵ *Id. Ibid.*, p. 157. [Tradução livre de: “*existe el interés secundario a la declaración de la tutela que corresponde a un interés determinado, o a la realización de un determinado interés, cuya tutela sea cierta, cuando tal declaración o tal realización produzcan una ‘utilidad actual’ para el titular del mismo. La utilidad se refiere, pues, al efecto del acto jurisdiccional solicitado*”].

⁴⁴⁶ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 96.

⁴⁴⁷ BARBI, C. A. **Comentários... Op. Cit.**, p. 49.

⁴⁴⁸ A distinção apresentada por LOPES DA COSTA, em verdade, é de Leonardo PRIETO CASTRO. Aqueles autores, porém, embora concordem em relação ao conteúdo da *necessidade da tutela jurídica*, divergem em relação ao conceito de *interesse de agir*. De fato, para PRIETO CASTRO, enquanto o *interesse* diz com “a existência de algum nexo econômico ou de outra ordem com a relação jurídica ou bem material sobre que versa a ação”, a *necessidade da tutela jurídica* se compreende pela “imprescindibilidade da intervenção dos tribunais para realizar o direito objetivo e para que a parte alcance o bem ou segurança que pede” (**Derecho procesal civil**. t. I. Zaragoza: Libreria General, 1946, pp. 67-68). [Tradução livre de: “*la existencia algún nexo económico o de otro orden con la relación jurídica o bien material sobre que versa la acción*”; “*la imprescindibilidad de la intervención de los Tribunales para realizar el derecho objetivo y para que la parte alcance el bien o seguridad que pide*”].

*jurídica*⁴⁴⁹ do *interesse de agir*: “Caso de falta de necessidade da tutela jurídica seria, por exemplo, o do autor que pleiteasse o cumprimento de uma obrigação já satisfeita, o do que propusesse ação de investigação de paternidade já tendo sido reconhecida a filiação, o do apelante que recorre da sentença que inteiramente lhe fosse favorável. No caso da cobrança de dívida paga, a mim parece que a ação [*rectius*, pedido] deveria ser julgada improcedente, pois não existe o direito pleiteado, já eliminado por um fato extintivo”.⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹ Por isso, restringe o interesse de agir ao aspecto da vantagem que alguém pode obter pela decisão favorável.⁴⁵²

A despeito desse debate, há autores que relacionam o interesse de agir com a *utilidade*, mas numa acepção diferente daquela apresentada por ROCCO e LOPES DA COSTA. É o caso de LIEBMAN, que afirma ser útil o processo quando ele é necessário e adequado. Em suas palavras, “o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo”.⁴⁵³ E, neste sentido, conclui que esta condição da ação é representada “pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na *utilidade* do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito”.⁴⁵⁴ Em outras palavras, o interesse de agir reflete uma relação de utilidade entre a situação alegada pelo autor e o provimento jurisdicional pedido. Esta relação de utilidade, porém, se apresenta quando preenchidos os critérios da *necessidade* e da *adequação*.⁴⁵⁵

⁴⁴⁹ LOPES DA COSTA escreve na vigência do Código de Processo Civil de 1939, e, quando se refere à *necessidade*, o faz a partir da obra de GOLDSCHMIDT, que, por sua vez, fala em *tutela jurídica* sob a inspiração de WACH.

⁴⁵⁰ LOPES DA COSTA, A. A. *Direito... Op. Cit.*, p. 98.

⁴⁵¹ Esta noção de que a decisão em relação ao *interesse-necessidade* é sempre uma decisão sobre o próprio direito material, e, portanto, sobre o mérito da causa, contemporaneamente, foi retomada por autores que lhe pretendem negar o estatuto de condição da ação. A discussão deste ponto será retomada abaixo.

⁴⁵² LOPES DA COSTA, A. A. *Direito... Op. Cit.*, p. 98.

⁴⁵³ LIEBMAN, E. T. *Manual... Op. Cit.*, v. I, p.206.

⁴⁵⁴ *Id. Ibid.*, v. I, p. 207

⁴⁵⁵ Cf. CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral... Op. Cit.*, 1979, pp. 222-223.

Na esteira de LIEBMAN, José Roberto dos Santos BEDAQUE afirma que, em relação ao interesse de agir, “é necessário verificar a utilidade do provimento, não só para quem o postula, mas também para o alcance do escopo da atividade jurisdicional,⁴⁵⁶ que é a pacificação social. A utilidade do provimento pode ser aferida pela necessidade da atividade jurisdicional e pela adequação do procedimento e do provimento desejados”.⁴⁵⁷

e) O interesse de agir como necessidade e utilidade da tutela jurisdicional

Alheios ao debate *entre* necessidade e utilidade, há aqueles que compreendem o interesse de agir a partir da conjunção daqueles critérios. É o caso de Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO, para quem “o interesse de agir pode ser encarado sob dois aspectos: ou como consequência da necessidade de ir a juízo para obter o provimento jurisdicional (visto como é ilícito o emprego da força), ou, além disso, como solução efetivamente apta a tutelar a situação litigiosa descrita, trazendo proveito ao autor se o pronunciamento lhe for favorável”.⁴⁵⁸

Ainda, segundo José Carlos BARBOSA MOREIRA, “a noção de interesse, no processo, repousa sempre (...) no binômio *utilidade + necessidade*: utilidade da *providência* judicial pleiteada, necessidade da *via* que se escolhe para obter essa providência”.⁴⁵⁹

Nelson NERY JÚNIOR, em adesão àquela corrente de pensamento, sustenta que existe interesse processual⁴⁶⁰ “quando a parte tem necessidade de ir a juízo para

⁴⁵⁶ A noção de utilidade para o Estado, como mencionado, é de DINAMARCO (*Execução... Op. Cit.*, p.141).

⁴⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, jun., 1991, p. 196.

⁴⁵⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Exegese do Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. v. IV. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, pp. 45-46.

⁴⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. v. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 294-295.

⁴⁶⁰ O autor entende que a expressão interesse de agir é inadequada, eis que, em sua opinião, *agir* pode ter significado processual e extraprocessual. Por isso, sugere a adoção da locução *interesse processual*, que não padeceria daquele problema (NERY JÚNIOR, Nelson. **Condições da ação**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 16, n. 64, out.-dez., 1991, pp. 36-37). Com a devida vênia, porém, a fórmula *interesse processual* é ainda mais equívoca do que *interesse de agir*: um “interesse processual” pode

alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual”.⁴⁶¹ O autor, portanto, insere o conteúdo do critério da *adequação* no bojo da *utilidade*.

Na mesma direção, Teresa Arruda Alvim WAMBIER – além de defender o binômio *necessidade-utilidade* – diz, expressamente, que a *adequação* do provimento jurisdicional pleiteado está inserida no critério da *utilidade*: “Autores há, como Cândido Rangel Dinamarco, que substituem a idéia de *utilidade* pela de *adequação*. Parece-nos, entanto, que no binômio de que se falou – utilidade e necessidade – está embutida a idéia de ‘adequação’, pois se a via escolhida é *inadequada*, por conseguinte é *inútil*. Só a via adequada há de ser *útil* para que, teoricamente (= se fundado o pedido), possam ser atingidos os objetivos colimados”.⁴⁶²

De fato, a noção de *utilidade* é mais ampla do que a de *adequação*. Em relação a isto, da falta de *interesse-utilidade*, Nelson NERY JÚNIOR cita o exemplo da propositura de ação de cobrança em relação a cheque com eficácia executiva: “Isto porque com a ação de conhecimento poderia obter sentença condenatória (título executivo judicial – art. 584, I, CPC), que lhe será inútil, pois já possui título executivo extrajudicial (art. 585, I, CPC)”.⁴⁶³ Nada obstante, não se ignora que, neste caso, além de ser inútil o provimento jurisdicional condenatório, ele também é desnecessário.

Outro exemplo, talvez mais feliz, é aquele que funda a falta de *utilidade* na propositura de ação para cobrança de crédito insignificante, notadamente ao levar em conta a lição de DINAMARCO, segundo a qual o *interesse de agir* pressupõe a convergência entre os interesses do Estado e do cidadão.⁴⁶⁴ Neste sentido, Hélio

se apresentar em outros momentos do procedimento, como na fase de impugnação, em que se fala no *interesse em recorrer*. Em verdade, interesse processual tem um sentido muito mais amplo do que interesse de agir.

⁴⁶¹ NERY JÚNIOR, N. *Condições... Op. Cit.*, p. 37.

⁴⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47.

⁴⁶³ NERY JÚNIOR, N. *Condições... Op. Cit.*, p. 37.

⁴⁶⁴ DINAMARCO, C. R. *Execução... Op. Cit.*, p.141. Esta opinião de DINAMARCO, sobre a necessidade de convergência entre os interesses particular e estatal, é acolhida por Rodrigo da Cunha

TORNAGHI, retoricamente, pergunta: “Pode afirmar-se que tem interesse, por mero capricho se dispõe aos enormes gastos e às incomodações de um processo judicial apenas para obrigar o devedor a lhe pagar de centavos?”⁴⁶⁵

f) O interesse de agir como adequação do provimento jurisdicional pleiteado, necessidade e utilidade da tutela jurisdicional

Por fim, convém mencionar que, entre os processualistas civis que o arrolam como condição da ação, há ainda uma última concepção sobre o *interesse de agir*, defendida por Eduardo Arruda ALVIM e, recentemente, Ada Pellegrini GRINOVER, que o configura desde o trinômio *necessidade-utilidade-adequação*.

Nas palavras de ALVIM, “o interesse processual, a seu turno, indica a indispensabilidade (necessidade, utilidade e adequação) da via escolhida para os fins colimados. Essa indispensabilidade há de ser aferida, todavia, de acordo com a situação fática, tal qual descrita pelo autor”⁴⁶⁶

Já, agora, GRINOVER, em revisão ao seu pensamento anterior (que, como se viu, tratava do tema pelo binômio *necessidade-adequação*), sustenta, hoje, que o *interesse de agir* tem três aspectos, acrescentando a ele o *interesse-utilidade*: “Mas não basta à satisfação do interesse de agir o requisito do interesse-necessidade. Ainda é mister que o provimento invocado seja útil para a obtenção do bem da vida que o autor pretende. O interesse-utilidade significa que o Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta do direito material, bem como à sujeição da parte contrária ao provimento jurisdicional”⁴⁶⁷

Muito embora enuncie aqueles três aspectos do interesse de agir, a autora

Lima FREIRE (**Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 172).

⁴⁶⁵ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I, p. 91.

⁴⁶⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I, p. 154.

⁴⁶⁷ GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. Cit.*, 2007, p. 185.

afirma que o interesse-adequação está contido no interesse-utilidade,⁴⁶⁸ em argumento semelhante ao utilizado por Teresa Arruda Alvim WAMBIER, supracitado.

4.1.4 *Tendências críticas em relação à adoção do interesse de agir como condição da ação no processo civil*

É fato notório que, atualmente, a maior parte da doutrina processual civil brasileira compreende, como tal, as condições da ação enunciadas por LIEBMAN. Nada obstante, existem vozes dissonantes, que pretendem demonstrar como aqueles institutos processuais, em verdade, integram o *meritum causae* ou outras categorias processuais.

De fato, Ovídio Baptista da SILVA e Fábio GOMES compreendem que “não é menos inadequado considerar-se o interesse de agir também condição da ação. É claro que a investigação sobre a necessidade ou desnecessidade da tutela jurisdicional, invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado, implica obrigatoriamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação desse direito, ou seja, sobre ponto pertinente à relação substancial”.⁴⁶⁹

Naturalmente que, como se sabe, entre os adeptos da teoria liebmaniana, as condições da ação devem ser perquiridas *in statu assertionis*, ou seja, com base no afirmado pelo autor na inicial. A esta objeção, no entanto, SILVA e GOMES replicam que aqueles autores “caem na desastrosa consequência de bastar ao autor da demanda mentir para adquirir o direito à jurisdição”.⁴⁷⁰ A réplica, todavia, embora eloqüente, é apenas parcialmente procedente: em verdade, há questões meramente processuais, independentes do reconhecimento da existência do direito material, que são objeto do *interesse de agir*, especialmente no tocante aos requisitos da adequação e da utilidade.

Considerando-se que o objetivo da análise prévia do caso é evitar o emprego abusivo ou inadequado do direito de ação, fundado em razões de economia processual,

⁴⁶⁸ *Id. Ibid.*, p. 185.

⁴⁶⁹ SILVA, O. B.; GOMES, F. **Teoria geral... Op. Cit.**, p. 126. Note-se como a fórmula é muito semelhante à de LOPES DA COSTA, *supra* (ver, neste tópico, o item “d”).

⁴⁷⁰ *Id. Ibid.*, p. 127.

parece bastante razoável que não tome lugar um processo cuja via judicial eleita pelo autor seja inadequada ao provimento que ele pretende (*interesse-adequação*). São situações extremas – possivelmente exceções –, mas, em vista delas, não há como imaginar que declarando a falta de uma condição da ação, sempre o juiz resolverá a lide submetida a julgamento, afirmando ou negando a existência do direito material.

A despeito disso, como sugerem Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, a decisão que deixar de acolher a inicial por falta de condições da ação faz, sempre, coisa julgada material, mesmo em relação à falta de interesse-adequação. Neste sentido, na opinião dos autores, “a sentença que afirmou que a via escolhida pelo autor não era adequada não permite que o autor volte a juízo através da via já afirmada inadequada, e nesse sentido produz coisa julgada material, impedindo a propositura da ação que já foi proposta”, e, por isso, “como a afirmação da ausência de condição da ação diz alguma coisa no plano do direito material, é equivocada a posição do nosso Código de Processo Civil, no sentido de que o juiz pode sentenciar afirmando a ausência de condição da ação ou sentenciar afirmando existência ou não do direito material afirmado em juízo. Melhor explicando: *não deveria existir condição da ação*, e nesse caso o Código de Processo Civil *não precisaria, justamente porque em tese não deveria*, distinguir a sentença de carência de ação da sentença que ‘julga o mérito’”.⁴⁷¹

O raciocínio é bastante persuasivo, mas deixa dúvidas em relação ao próprio exemplo mencionado (*interesse-adequação*): neste caso, embora fosse possível falar em coisa julgada material, no sentido dado pelos autores, impõe-se a conclusão de que ela não alcança o problema da existência ou não do direito subjetivo material. Se uma sentença declarou que o mandado de segurança impetrado pelo cidadão é via inadequada para a cobrança de um crédito pecuniário, compreende-se que ele não poderá intentar novo mandado de segurança com o mesmo pedido; nada obstante, a existência do crédito pecuniário (direito subjetivo material) sequer foi objeto de análise, de modo que não seria possível afirmar que a decisão que declara ausente uma

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71.

das condições da ação, em todos os casos, diz alguma coisa no plano do direito material.

A despeito disso – sem negar a evidente superioridade das abordagens teóricas apresentadas neste tópico –, não se pretende, aqui, oferecer julgamento ao acerto de uma ou outra de tais correntes de pensamento, que afirmam ou infirmam o interesse de agir como condição da ação no processo civil. Antes, o objetivo com sua apresentação é a instrumentalização da análise do problema de sua adequação ao direito processual penal, que se fará após a exposição das teorias sobre o instituto em relação à ação penal.

4.2 Em nome da teoria geral do processo: a transferência do interesse de agir ao direito processual penal e sua apreciação crítica

Sem exageros, postura que seria cientificamente inadequada, é possível afirmar que, na quase totalidade dos manuais brasileiros de direito processual penal, o tema das condições da ação é tratado desde os postulados da *teoria geral do processo*, que vige no Brasil, engendrada pela chamada Escola Processual de São Paulo e que guarda feições nitidamente processuais civis. Isto é, salvo pequenas exceções, a doutrina processual penal brasileira, ao tratar da admissibilidade da acusação, o faz desde o pensamento liebmaniano sobre as condições da ação no processo civil.

Neste sentido, representando a opinião mais comum, como recentemente afirmou Ada Pellegrini GRINOVER, “também em relação ao interesse de agir, seu significado há de ser o mesmo no processo civil e no processo penal”.⁴⁷²

Nada obstante, no que diz com o *interesse de agir*, apesar da adesão em massa ao pensamento de LIEBMAN, múltiplas são as tentativas de adequar o conteúdo daquela condição da ação no processo civil ao processo penal, com diferentes resultados e conclusões.

Por conta disso, ao objetivo de revisitar o problema de sua adequação, fundamental é resgatar o conteúdo, no direito processual penal, atribuído pela doutrina

⁴⁷² GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 2007, p. 185.

civil-penal àquela condição da ação.

Desde logo, porém, há que se ressaltar que, diferentemente do acontecido na teoria processual civil, a constatação do interesse de agir no processo penal não é fruto de um esforço teórico originário. Com efeito, enquanto, no tocante à ação civil, esta condição de admissibilidade foi deduzida de *fenômenos jurídicos* processuais civis (o primeiro deles é a própria lei: a italiana, como se viu, desde 1865; e a brasileira, por influência daquela, ante o previsto no art. 3º, do Código de Processo Civil; nos dois casos, exigindo *interesse* para propor uma ação), no que diz com a ação penal, o que motivou sua utilização como “condição da ação” foi a afirmação da *teoria geral do processo*. Por isso mesmo, aqui, há que se concluir que o esforço teórico é derivado (emprestado): os teoremas não são construídos a partir do estudo dos *fenômenos jurídicos* processuais penais, mas a partir da teoria do processo civil, com base no suposto *axioma* que prega a identidade entre as categorias processuais civis e penais – não é outro o fundamento da afirmação, *supra*, de que as condições da ação devem ter o mesmo conteúdo nos dois ramos do direito processual.

Assim, eis que a teoria está desconectada de sua base fenomenológica, há impressionante multiplicidade de opiniões sobre o interesse de agir no processo penal, seguindo os mais diversos pontos de partida: chega a ser possível dizer que todas as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, previstas no art. 43, do Código de Processo Penal – à exceção da *legitimidade da parte* (inciso III, primeira parte) – em uma abordagem ou outra, já foram contempladas no escopo do *interesse de agir* penal.

Não sem razão, todavia, antes de LIEBMAN e da Escola Processual de São Paulo, os requisitos de admissibilidade da ação penal, tratados simplesmente como hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa,⁴⁷³ eram compreendidos apenas em função

⁴⁷³ Esta afirmação é evidente, e não careceria de demonstração, mas é importante ressaltar que, embora os processualistas civis italianos já indicassem a exigência de demonstração de um *interesse* para oferecer a ação civil desde na metade do séc. XIX – sendo notória sua influência na doutrina processual civil brasileira, como se viu, mesmo antes do Código de Processo Civil de 1973 –, não se encontra similar referência nas obras processuais penais escritas anteriormente à consolidação do pensamento de LIEBMAN no Brasil. Como exemplos, anteriores e posteriores ao Código de Processo Penal de 1941, veja-se: ALMEIDA, J. C. M. **Processo... Op. Cit.**, pp. 101 e ss; ESPÍNOLA FILHO, E. **Código... Op. Cit.**, v. I, pp. 416-433; CORREIA, Regina Maria. **Da prática penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, pp. 71-73. O texto de Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA foi escrito em 1939, e o de ESPÍNOLA FILHO teve sua 1ª edição publicada em 1941.

do Código de Processo Penal, sem a preocupação de serem enxergados a partir do esquema processual civil. De fato, é somente após a consolidação do pensamento liebmaniano, pois, que a doutrina processual penal abraça os teoremas civis em relação à ação e, naturalmente, em relação às “condições da ação”.

Apresentar-se-á, então, as teorias sobre o conteúdo processual penal do interesse de agir.

4.2.1 *O interesse de agir como justa causa, idoneidade do pedido ou “fumus boni juris”*

Um dos primeiros autores a utilizar a terminologia liebmaniana no tocante ao tema da admissibilidade da acusação foi José Frederico MARQUES, que principiou por explicar o conteúdo “geral” do interesse de agir, no sentido da *adequação*, para depois relacioná-lo, no processo penal, à presença do elemento probatório que serve de base à acusação e torna, conforme sua lição, idôneo o pedido:

O interesse de agir é instrumental e secundário, e deriva da necessidade de tutelar-se o interesse substancial e a idoneidade da providência impetrada para protegê-lo. (...). Disto se infere que faltarão legítimo interesse, no processo penal, para a apresentação da denúncia, se os fatos colhidos no inquérito, ou em outra investigação, não mostrarem a possibilidade de apurar-se qualquer lesão a bens jurídicos penalmente tutelados. É exato que a acusação se funda, não na existência do *corpus delicti*, e sim na *opinio delicti*; mas esta deve originar-se de suspeita fundada e razoável. Do contrário, inepta será a denúncia por ausência de justa causa e legítimo interesse do Estado em acusar.⁴⁷⁴

O autor, porém, não utiliza a expressão *justa causa* exatamente no sentido estrito indicado por BREDA (*prova do fato e indícios de autoria*), tampouco, no sentido dado por Maria Thereza Rocha de Assis MOURA (a falta de qualquer das condições da ação penal equivale à falta de justa causa).⁴⁷⁵ MARQUES ainda

⁴⁷⁴ MARQUES, J. F. **Elementos...** *Op. Cit.*, v. I, pp. 318-320. “No processo penal, justa causa e interesse de agir se confundem: tendo em vista os reflexos do processo penal sobre a liberdade e o *status dignitatis* do réu, não será admissível o exercício da ação penal, sem que haja justa causa. À falta desta, inexistirá interesse processual no tocante à propositura da ação penal, uma vez que faltarão pedido idôneo para provocar a tutela jurisdicional do Estado-juiz” (MARQUES, J. F. **Tratado...** *Op. Cit.*, v. II, p. 73). No mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 146-147.

⁴⁷⁵ Sobre estas duas concepções de *justa causa*, rever tópico 3.3.4, *supra*.

compreende a *justa causa* em sua acepção original, relacionada ao fundamento das prisões processuais (note-se que o art. 648, I, do Código de Processo Penal, em relação ao *habeas-corpus*, utiliza expressamente aquela locução⁴⁷⁶). Neste diapasão, o legítimo interesse seria a *justa causa* para a ação penal.⁴⁷⁷

Em direção semelhante, Fernando da Costa TOURINHO FILHO afirma que “consiste, assim, o interesse de agir, ou legítimo interesse, no Processo Penal, na idoneidade do pedido consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia, seja queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arrimado em elementos de convicção quanto à prática de infração penal e sua autoria”.⁴⁷⁸ Sobre o conteúdo daquele material probatório, porém, esclarece o autor que “não é preciso que a prova seja esmagadora. Basta o *fumus boni juris*”.⁴⁷⁹⁻⁴⁸⁰

Comungam, ainda, da posição de MARQUES e TOURINHO FILHO, Rogério Lauria TUCCI,⁴⁸¹ que a encampa integralmente, e Paula Bajer Fernandes Martins da COSTA, que, apesar de entender que não é possível identificar a ação penal com a ação civil, além de sustentar que são insuficientes as condições da ação processo civil, no tocante ao interesse de agir, o reconhece na *justa causa*.⁴⁸²

⁴⁷⁶ Código de Processo Penal: “**Art. 648** - A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa”.

⁴⁷⁷ “O pedido pode firmar-se em fato típico e, portanto, em providência do texto legal que o torne possível, mas não ser adequado à situação concreta que é deduzida na acusação. Nesse caso, faltarão legítimo interesse para a propositura da ação penal. (...). O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disto resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. (...). Deve, pois, o juiz rejeitar a denúncia com base no que diz o art. 43, n.º II, do Cód. de Proc. Penal, que determina tal rejeição quando *faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*. Ora, a acusação não deixa de ser ameaça de coação; e como esta se considera ilegal quando *sem justa causa* (Cód. de Proc. Penal, art. 648, n.º I), evidente é que o legítimo interesse, como justa causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta.” (MARQUES, J. F. **Elementos... Op. Cit.**, v. I, pp. 318-320). Sem embargo, o autor quis fazer referência ao inciso III, do art. 43, do Código de Processo Penal.

⁴⁷⁸ TOURINHO FILHO, F. C. **Processo... Op. Cit.**, v. I, p. 532.

⁴⁷⁹ *Id. Ibid.*, p. 533.

⁴⁸⁰ Sobre a inadequação da expressão *fumus boni juris* ao direito processual penal, já disseram DELMANTO JÚNIOR (**As modalidades... Op. Cit.**, p. 67) e LOPES JÚNIOR (**Introdução... Op. Cit.**, p. 189), propondo que o lastro probatório mínimo em que se funda o exercício da ação e a restrição cautelar à liberdade seria melhor representado pela expressão *fumus commissi delicti*. Sobre o tema, ver a nota de rodapé n.º 356, *supra*.

⁴⁸¹ TUCCI, R. L. **Teoria... Op. Cit.**, p. 95.

⁴⁸² COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Ação penal condenatória**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 96-97.

Guilherme de Souza NUCCI, desde a obra de MARQUES, enxerga esta condição da ação penal no sentido do *interesse-adequação*: “Quanto à adequação, deve-se destacar que o órgão acusatório precisa promover a ação penal nos moldes procedimentais eleitos pelo Código de Processo Penal, bem como com supedâneo em prova pré-constituída”.⁴⁸³

Apreciação crítica. A posição apresentada, em suma, identifica o interesse de agir, segundo o critério de *adequação*, com a presença do material probatório mínimo que serve de base para a denúncia ou queixa. É de se lembrar, todavia, nas lições de BREDA e JARDIM,⁴⁸⁴ apresentadas acima, a *justa causa* é objeto de uma *quarta* condição, que se não confunde com as demais.

Já se disse que, para os adeptos da *teoria geral do processo*, é necessário afirmar o paralelismo entre o conteúdo das condições da ação nos ramos do processo civil e penal. Neste sentido, José Frederico MARQUES pretende ser coerente: identifica o interesse processual apenas pelo critério da *adequação*, aqui tal qual lá.⁴⁸⁵

Todavia, este problema é inexistente no direito processual penal: se, no processo civil, é de se exigir do autor que demonstre a adequação entre o provimento pretendido e a situação por ele lamentada, no processo penal, impõe-se a constatação de que isto é desnecessário. De fato, é possível dizer que a ação penal é sempre o meio adequado à provocação da atuação jurisdicional no tocante ao caso penal. A análise do *interesse-adequação*, portanto, no direito processual penal, esgota-se nisto, e, por esta razão, é despicienda.

Já, agora, a presença ou ausência da prova materialidade do fato e dos indícios de autoria não modifica o fato de que a acusação encerra um pedido de accertamento do caso penal – sendo, para isso, a medida adequada –, mas indica outro problema de natureza processual penal, que é o da necessidade de evitar acusações temerárias e levianas.

⁴⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 183.

⁴⁸⁴ Ver tópico 3.3.4, *supra*.

⁴⁸⁵ Ver tópico 4.1.2, “b”, *supra*.

4.2.2 *O interesse de agir como punibilidade concreta*

Outra compreensão acerca do interesse de agir no processo penal encontra seu fundamento, segundo seus autores, no aspecto da *utilidade*: basicamente, compreendem alguns que a circunstância de estar extinta a punibilidade retira a utilidade do provimento jurisdicional pleiteado; ainda, outros entendem que a iminência ou inevitabilidade da prescrição tem o mesmo efeito.

De fato, nas palavras de Julio Fabbrini MIRABETE, faltará interesse de agir quando estiver “extinta a punibilidade e não puder a condenação produzir qualquer efeito penal ou civil”.⁴⁸⁶

A posição é compartilhada por José Antonio Paganella BOSCHI, para quem, “como condição da ação, o interesse de agir, portanto, encontra seu fundamento na punibilidade concreta (art. 43, inciso II, do CPP)”. E, por isso, conclui “que o referido dispositivo insere-se na lógica do direito penal, que prevê, com o desaparecimento do *jus puniendi* pelo decurso do tempo e, daí, a conseqüente impossibilidade de ‘aplicação’ ou de ‘execução’ de pena ou de medida de segurança, a desnecessidade da movimentação do Poder Judiciário, porque o provimento sentencial, nesse caso, ainda que pudesse ser editado, por hipótese, não se revestiria de qualquer utilidade prática para o autor”.⁴⁸⁷

Ada Pellegrini GRINOVER, por sua vez, nega que a rejeição da denúncia ou queixa decorra da falta de *condição da ação*.⁴⁸⁸ De fato, na hipótese, em sua opinião, tem-se verdadeira resolução do mérito, não sendo possível falar em decisão adstrita às “condições da ação penal”.⁴⁸⁹

Apesar disto, entende a autora que falta interesse de agir, no aspecto da *utilidade*, naquelas situações em que o aperfeiçoamento da prescrição é iminente. Em suas palavras: “No nosso entender, nessa hipótese a demanda deve ser rejeitada, com

⁴⁸⁶ MIRABETE, J. F. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 114.

⁴⁸⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, pp. 98-99.

⁴⁸⁸ Aliás, aponta a autora que, em geral, a ausência de *punibilidade concreta* é tratada pela doutrina como falta de *possibilidade jurídica do pedido* (GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. Cit.*, 1977, p. 68).

⁴⁸⁹ GRINOVER, A. P. **As condições...** *Op. Cit.*, 1977, pp. 74-83.

base no art. 43, III, do CPP, pois nenhuma utilidade a acusação poderia extrair do provimento jurisdicional”.⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹ Trata-se, pois, da chamada *prescrição em perspectiva* ou *prescrição virtual antecipada*.⁴⁹²

Apreciação crítica. A posição apresentada, em suma, identifica o interesse de agir, segundo o critério de *utilidade*, com a *punibilidade concreta*. Para alguns, todavia, o fato de estar extinta a punibilidade representa a falta de interesse de agir, enquanto, para outros, isto é um problema inerente a outra condição da ação ou ao mérito, restringindo a falta de interesse àquelas situações em que se poderia declarar a “prescrição em perspectiva”.

Em qualquer dos casos, porém, o discurso parte de uma premissa falsa: a falta de *utilidade* em relação à atuação jurisdicional. Naquelas situações, em verdade, o acerto do caso penal não só é *útil* como é *necessário*. Com efeito, o órgão do Ministério Público não pode determinar, de ofício, o arquivamento do inquérito

⁴⁹⁰ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 2007, p. 196. Esta posição já havia sido sustentada anteriormente pela autora, juntamente com outros defensores da teoria geral do processo (ver GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 77). Além disso, a opinião é compartilhada por diversos outros autores: MIRABETE, J. F. *Processo... Op. Cit.*, p. 114; BOSCHI, J. A. P. *Ação... Op. Cit.*, pp. 101-106; FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenker. *Investigação criminal e ação penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

⁴⁹¹ Diga-se, de passagem, que esta afirmação representa uma mudança no pensamento da autora, que, por ocasião da publicação de sua monografia “As condições da ação penal”, em 1977, concluiu que o interesse de agir não é condição da ação penal, por ser inerente a toda acusação. As circunstâncias de tal modificação de opinião serão abordadas abaixo.

⁴⁹² Maurício Zanoide de MORAES apresenta explicação lapidar para o instituto, que se toma por empréstimo: “Tem-se apontado que ela revelaria quando existe ou não utilidade na instauração de um processo penal, pois, segundo seus adeptos, seria inútil o processo penal quando se verificasse a dita ‘prescrição em perspectiva’. Essa ‘espécie’ de perda do poder-dever estatal de punir (*ius puniendi*) deve ser preliminarmente esclarecida, porquanto, derivada de criação doutrinária, não encontra, ao menos em nosso sistema, guarida legislativa. Para a doutrina, essa espécie de prescrição penal ocorreria quando, mesmo antes do início do processo, se verificasse que o lapso temporal transcorrido entre a data do fato e o futuro recebimento da denúncia é de tal monta que já superaria os prazos fixados no art. 109 do Código Penal e eventualmente aplicáveis ao delito que se quer imputar ao acusado. Logo, pensam os adeptos dessa espécie de prescrição, mesmo que o processo viesse a existir e alguma pena viesse a ser aplicada, tal sentença condenatória restaria inútil, pois o direito de punir nela contido restaria obstado pela ocorrência da ‘prescrição retroativa’, essa sim espécie de prescrição prevista em nosso ordenamento (§§ 1.º e 2.º do art. 110 do Código Penal). Em poucas palavras, seria uma antecipação mental de uma ‘provável’ pena e, portanto, uma antecipação mental de uma ‘provável’ prescrição retroativa” (*Interesse... Op. Cit.*, p. 93).

policial, fato que se aperfeiçoa, apenas, mediante decisão judicial motivada.⁴⁹³ Ainda, pelo mesmo motivo, é vedado o chamado *arquivamento implícito*, em que o promotor simplesmente deixa de oferecer a denúncia em relação a um – ou vários – dentre os indiciados, sem apresentar qualquer outra providência em relação a ele, e o juiz, por omissão, tacitamente concorda com o “arquivamento”.⁴⁹⁴ Em verdade, o inquérito policial concluído – e o caso penal que ele encerra – não pode “cair no vazio”. Antes, o caso deverá, sempre, ser objeto de apreciação pelo juiz. Se for assim, ainda que esteja extinta a punibilidade, impõe-se a conclusão de que há *necessidade* – e, portanto, *utilidade* – de um provimento jurisdicional, no caso, para declarar extinta a punibilidade nos termos do art. 61, do Código de Processo Penal.

⁴⁹³ Como ensinou Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a decisão de arquivamento de inquérito policial tem natureza jurisdicional e é dada em processo de natureza cautelar: “Ora, como ocorre hoje, o MP leva ao Juiz uma questão jurídica a ser decidida; e essa decisão é jurisdicional. Isso, porém, implica reconhecer a existência de um processo, mas não vemos dificuldade nesse reconhecimento, desde que o caso a ser decidido é eminentemente cautelar em relação à questão de fundo” (**A natureza... Op. Cit.**, p. 54). Note-se, ainda, que o art. 18, do Código de Processo Penal, determina expressamente que a decisão de arquivamento compete ao juiz. Sendo assim, eis que se tem decisão em processo judicial, obrigatória é sua fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da Constituição da República de 1988.

⁴⁹⁴ Numa estrutura constitucional em que as decisões judiciais devem ser sempre fundamentadas, impensável é a dita concordância tácita com o pedido de arquivamento. Não sem razão, portanto, a manifestação do Ministério Público também deve ser fundamentada, inclusive por conta da locução, referente ao pedido de arquivamento, “...o juiz, no caso de considerar improcedentes as *razões invocadas*...”, presente no art. 28, do Código de Processo Penal, que trata da sistemática de controle da legitimidade da decisão de arquivamento. A despeito disso (e da ordem constitucional), o *arquivamento implícito* é corriqueiro no dia-a-dia dos tribunais, até mesmo nas cortes superiores: “CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO CULPOSO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA QUE RESULTOU NA MORTE DE JOVEM DE 18 ANOS. DENÚNCIA QUE INCLUIU ALGUNS DOS INDICIADOS E EXCLUIU OUTROS. *ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO*. OFERECIMENTO DE AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA DE PLANO. VIABILIDADE DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese que trata de ação penal privada subsidiária da pública, iniciada por queixa oferecida em função de o Ministério Público, em crime de homicídio culposo, ter deixado de apresentar denúncia contra alguns dos indiciados, ofertando-a contra os demais. *Evidenciada a ocorrência de arquivamento implícito – eis que o Ministério Público não teria promovido a denúncia contra os pacientes por entender que não havia prova da prática de delito pelos mesmos* – impede-se a propositura de ação penal privada subsidiária da pública. A alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a configuração do arquivamento implícito do feito contra o paciente. O habeas corpus presta-se para o trancamento de ação penal por falta de justa causa se, para a análise da alegação, não é necessário aprofundado exame acerca de fatos, indícios e provas. Determinado o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública movida contra o paciente. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (STJ, HC 21.074/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13.05.2003, DJ 23.06.2003 p. 396)”.

Nada obstante, se for oferecida denúncia ou queixa, apesar da punibilidade extinta – ou “em vias” de extinção, para quem imagina isso possível –, é evidente que a decisão que rejeita a acusação (aqui, com base no art. 43, II, do Código de Processo Penal) reclama a resolução do mérito.

4.2.3 *O interesse de agir como ausência de causas de justificação ou de atipicidade da conduta*

Sobre aquelas situações em que uma causa de justificação da conduta típica já está demonstrada desde o momento do *juízo da acusação*, Hélio TORNAGHI sustentou que, em relação à ação penal, falta interesse de agir. Em suas palavras, “se estiver a excludente provada a ponto de não deixar qualquer dúvida, então pode o MP pedir o arquivamento das peças de informação ou do inquérito, da mesma forma que ao juiz é dado rejeitar a queixa ou a denúncia, mas com fundamento na falta de interesse e pois no n. III e não no n. I do art. 43”.⁴⁹⁵ Ainda, comunga desta opinião BOSCHI,⁴⁹⁶ além de FELDENS e SCHMIDT.⁴⁹⁷

BOSCHI, porém, vai mais longe, inserindo as denúncias oferecidas em face de crimes de bagatela entre os exemplos de falta de interesse de agir: “Os fatos bagatelares, em razão da aceitação social ou da absoluta insignificância do resultado (...) não são considerados como materialmente antijurídicos, e portanto escapam dos domínios da tipicidade penal formal, muito embora posicionamentos respeitáveis em contrário, autorizando, desse modo, o pedido ministerial do arquivamento do termo circunstanciado, do arquivamento policial [*rectius*, do inquérito policial] ou de quaisquer peças de informação, por ausência de possibilidade jurídica e de interesse de agir”.⁴⁹⁸

Apreciação crítica. Em ambos os casos, *falta de tipicidade e justificação da conduta*, tem-se a necessidade uma decisão de mérito, que está, portanto, além do

⁴⁹⁵ TORNAGHI, H. *Processo... Op. Cit.*, p. 122.

⁴⁹⁶ BOSCHI, J. A. P. *Ação... Op. Cit.*, pp. 96-97.

⁴⁹⁷ FELDENS, L.; SCHMIDT, A. Z. *Investigação... Op. Cit.*, pp. 87-88.

⁴⁹⁸ BOSCHI, J. A. P. *Ação... Op. Cit.*, pp. 111-112.

problema da admissibilidade da ação penal. Com efeito, aqui, não há que se falar em arquivamento do inquérito policial (decisão fundada no art. 18, do Código de Processo Penal, mediante provimento jurisdicional que não resolve o caso penal, admite a reabertura das investigações se surgirem novas e melhores provas e não impede o exercício de nova ação penal em caso de suprimento do requisito de admissibilidade faltante), mas em decisão antecipada de mérito.

4.2.4 *O interesse de agir como impossibilidade de solução do caso penal fora do processo*

O critério de identificação do interesse de agir denominado *necessidade*, de grande importância no direito processual civil, na esfera penal é irrelevante, como se verá, ante a vigência do princípio da indefectibilidade ou necessidade da jurisdição – *nulla poena sine iudicio*. Com efeito, se o processo é o único meio idôneo para a realização do direito penal, isto é, se não é possível aplicar uma pena senão por meio do processo, é natural concluir que ele é sempre necessário.

Apesar disso, após a criação dos Juizados Especiais Criminais, pela Lei 9.099/1995, Maurício Zanoide de MORAES, com base na lição de Ada Pellegrini GRINOVER, passou a identificar, lá, o *interesse-necessidade*. Com efeito, ao negar o interesse de agir como condição da ação penal, a autora sustentou, desde autores italianos, que “o processo penal é sempre necessário, proibida que é a autocomposição, em suas formas de submissão, de desistência e de transação”.⁴⁹⁹ Daí decorre a conclusão de Maurício Zanoide de MORAES, que – apesar de longa a passagem – convém demonstrar com as palavras do autor:

Assim, a ressalva feita pela professora Ada Pellegrini Grinover há 20 anos, *As condições*, cit., item 62, no sentido de que o critério da necessidade não teria relevância enquanto o sistema processual penal não previsse as possibilidades de conciliação e transação, continua precisa e vicejante. Com a atual introdução destes institutos pela Lei 9.099/95, reafirmou-se a oportunidade e a aplicabilidade do critério da “necessidade” para a verificação do “interesse de agir” no âmbito penal. O exercício do ato de instauração do processo, nas infrações de menor potencial ofensivo, *somente será válido após os meios extraprocessuais*

⁴⁹⁹ GRINOVER, A. P. *As condições... Op. Cit.*, 1977, p. 132.

*(leia-se conciliação e transação) estarem esgotados. Frise-se, porquanto relevante, que a aceitação das propostas de conciliação e transação penal por parte do “autor do fato” não se dá de forma compulsória; ele poderá recusá-las ou até formular contraproposta. Contudo, o que nos importa no momento não é o eventual acordo das partes, mas sim a indispensabilidade da dedução de proposta (compositiva e transacional), antes do exercício da demanda penal, como forma de obter a “solução consensuada” em detrimento da pacificação pela imposição de uma decisão jurisdicional. Concluindo tudo o quanto se disse sobre os crimes abrangidos pela Lei 9.099/95: nas infrações penais por ela alcançadas, a ação penal carecerá de interesse de agir (interesse-necessidade) quando às partes controversistas não for proporcionada a oportunidade de buscarem o consenso pré-processual através da conciliação ou da transação penal.*⁵⁰⁰

Apreciação crítica. Não obstante, porém, importa perceber que a ausência de proposta de transação (quando cabível),⁵⁰¹ ou de oportunidade de conciliação,⁵⁰² não determina a falta de *interesse-necessidade*. O argumento é sugestivo, mas esbarra na constatação de que, mesmo naqueles casos, há *processo* e *pena*. Sobre esta questão, em outra obra, já se elaborou consideração teórica, que aqui se reproduz:

Com efeito, lembre-se que o princípio da necessidade do processo penal (indefectibilidade da jurisdição penal) tem fundamento constitucional e informa que o caso penal (que surge com a violação da norma penal) será sempre solucionado por meio do devido processo legal e por juiz competente. Nessa direção, a despeito do afirmado, convém observar que a conciliação e a transação jamais poderiam ser consideradas meios extraprocessuais de acerto do caso penal. *Isso equivaleria a admitir possível a aplicação de uma pena sem processo*⁵⁰³, o que evidentemente seria inconstitucional, por afronta ao princípio do devido processo legal. Em contrário, note-se que ‘foi a mesma Constituição que consagrou o princípio do devido processo legal que introduziu em nosso sistema processual penal o instituto da transação. Com a regra do art. 98, I, o legislador constituinte criou um novo processo legal’.⁵⁰⁴ Inclusive, note-se que a conciliação – que importa em renúncia ao direito de oferecer queixa e representação, nos termos do art. 74, da Lei 9.099/95 – não é novidade no sistema processual brasileiro. Há similar instituto no procedimento dos crimes contra a

⁵⁰⁰ MORAES, M. Z. *Interesse... Op. Cit.*, pp. 82-83, sem grifos no original.

⁵⁰¹ Lei n. 9.099/95: “**Art. 76** - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

⁵⁰² Lei n. 9.099/95: “**Art. 72** - Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade.”

⁵⁰³ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 135.

⁵⁰⁴ NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204. No mesmo sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional**. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11; SOUZA NETTO, J. L. **Processo penal: modificações... Op. Cit.**, p. 137; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 268.

honra (art. 520, do Código de Processo Penal⁵⁰⁵), consubstanciado na audiência de conciliação (ou reconciliação), que deve ser promovida pelo juiz, antes do recebimento da queixa. Oportuna, a propósito, é a lição de Paulo RANGEL, quando afirma que a conciliação, no procedimento dos crimes abrangidos pela Lei 9.099/95, ‘trata-se de inovação legislativa que aplica a renúncia, instituto típico até então da ação penal de iniciativa privada, à ação penal pública condicionada à representação’.⁵⁰⁶ Aqui, como lá, lograda a conciliação, estar-se-á diante de fato extintivo da punibilidade.⁵⁰⁷ Já a transação penal – tema extremamente controverso na doutrina – igualmente não prescinde de processo, afinal, exerce-se através de uma espécie de ação penal (ainda que não seja ação de natureza condenatória com as características até então conhecidas)⁵⁰⁸, com imputação de conduta ao autor, que se submete a juízo de admissibilidade⁵⁰⁹ e, além disso, que é homologada por sentença judicial sujeita a recurso⁵¹⁰, havendo, portanto, uma decisão que põe fim a um processo.⁵¹¹

A despeito disso, é correto afirmar, como fez MORAES, que a ação penal prevista para os crimes de menor potencial ofensivo (art. 77, da Lei 9.099/95)⁵¹² tem a oportunidade (tentativa) de conciliação/transação como requisito de admissibilidade. Fato é, porém, que a condição de que se trata não é o interesse de agir – que, como se viu, segue implícito na acusação – “mas uma *condição específica* (da ação), precisamente como a oportunidade de reconciliação das partes, promovida pelo juiz, antes do recebimento da queixa, no procedimento dos crimes contra a honra; a representação e a requisição, nas ações públicas condicionadas (exemplos típicos); a sentença declaratória da falência, nas ações dos crimes falimentares, e assim por diante”.⁵¹³

⁵⁰⁵ Código de Processo Penal: “**Art. 520** - Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.”

⁵⁰⁶ RANGEL, P. **Direito... Op. Cit.**, p. 265.

⁵⁰⁷ MIRABETE, J. F. **Processo... Op. Cit.**, p. 613; RANGEL, P. **Direito... Op. Cit.**, p. 265.

⁵⁰⁸ O Ministério Público “quando propõe a transação penal não está fazendo outra coisa dado buscar a tutela jurisdicional para eventual imposição de sanção penal” (COUTINHO, J. N. M. **Manifesto... Op. Cit.**, pp. 11-12).

⁵⁰⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Juizados especiais criminais (Lei 9.099/95). Ensaio jurídicos.** v. 1. Rio de Janeiro: Ibjaj, 1996, p. 382.

⁵¹⁰ NOGUEIRA, M. F. **Transação... Op. Cit.**, p. 205.

⁵¹¹ NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade... Op. Cit.**, pp. 50-52.

⁵¹² Lei n. 9.099/95: “**Art. 77** - Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.”

⁵¹³ NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade... Op. Cit.**, p. 52. Sobre o tema das condições específicas da ação penal, ver tópico 3.3.5, *supra*.

4.2.5 *O interesse de agir como adequação procedimental*

Ainda, há um conjunto de autores que define o interesse de agir – pelo aspecto da *adequação* – como a escolha, pelo autor, do procedimento adequado à instrução e julgamento do caso penal.

É a opinião de Maurício Zanoide de MORAES, para quem “o critério do interesse-adequação, no processo penal, centra-se, pois, apenas no concernente ao procedimento indicado pelo interessado para a apuração dos fatos. (...). A relevância da perscrutação do critério interesse-adequação se confirma ao se notar a possibilidade de anulação de todo um processo pelo descumprimento do procedimento especial previsto, pois, no mais das vezes, reside nos primeiros atos processuais a nota característica dessa especialidade procedimental”.⁵¹⁴ No mesmo sentido, NUCCI: “Quanto à adequação, deve-se destacar que o órgão acusatório precisa promover a ação penal nos moldes procedimentais eleitos pelo Código de Processo Penal”.⁵¹⁵

Apreciação crítica. A ação penal não se desenvolve em moldes procedimentais. O procedimento nada mais é do que a disciplina legal dos atos processo, o que se costuma denominar *rito*. Há que se não confundir, como já se disse, ação com processo – e, muito menos, condição da ação com pressuposto processual. O que se pode desenvolver em diferentes moldes procedimentais é o processo, pressupondo-se, portanto, neste momento, que a ação penal já foi recebida.

4.2.6 *O interesse de agir como adequação do provimento jurisdicional pleiteado*

Por fim, uma última posição de relevância é, também, de Ada Pellegrini GRINOVER, que verifica a falta de interesse de agir, segundo o critério da *adequação*, na ação penal condenatória oferecida em face de menor de 18 anos: “falta o interesse-adequação (pois o provimento invocado não é adequado à aplicação de medidas sócio-

⁵¹⁴ MORAES, M. Z. *Interesse... Op. Cit.*, p. 85.

⁵¹⁵ NUCCI, G. S. *Manual... Op. Cit.*, p. 183.

educativas ao menor de idade), embora se possa ver na hipótese, também, a impossibilidade jurídica do pedido (a condenação penal do menor de idade é vedada pelo ordenamento)”.⁵¹⁶

Apreciação crítica. Como indicado anteriormente (ver tópico 3.3.3, *supra*, sobre a legitimidade da parte), este caso não diz com a falta de condição da ação, seja o interesse de agir ou a legitimidade de parte. De fato, naqueles casos, o vício do ato é ainda mais grave: considerando-se que tais pessoas estão fora do âmbito de aplicação da norma processual penal brasileira, que se não destina a elas, impõe-se a conclusão de que tal acusação é – segundo a lição de Antônio Acir BREDA, ante a falta de um dos pressupostos processuais de existência (*juiz com jurisdição, autor e réu*)⁵¹⁷ – um ato juridicamente inexistente. Não seria diferente, nesse sentido, da “ação penal” oferecida em face de animal ou coisa.⁵¹⁸

4.3 A inadequação do interesse de agir ao direito processual penal: a reafirmação da necessidade de uma sistemática autônoma

A diversidade nas opiniões doutrinárias sobre o interesse de agir no processo penal, que tem, como se viu, um amplíssimo espectro, sugere que este conceito processual civil – voltado, portanto, para a explicação dos fenômenos jurídicos daquele ramo do processo – não encontra equivalência coerente no âmbito processual penal. Para dizer de forma simples, tenta-se – como soem fazer – vestir Cinderela com as roupas de sua irmã. Simplesmente, não servem: sobra de um lado, falta do outro.

Não seria necessário ir muito mais longe para compreender que a sistemática

⁵¹⁶ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 2007, p. 197.

⁵¹⁷ BREDA, Antonio Acir. *Efeitos...* *Op. Cit.*, p. 175.

⁵¹⁸ Repita-se, aqui, a lição de TOURINHO FILHO em relação à denúncia oferecida em face de menor de 18 (dezoito) anos: “Temos para nós que, *in casu*, haveria incapacidade processual. Os menores de 18 anos não podem ser réus, como não o podem ser as pessoas jurídicas, os mortos e os animais. Logo, a relação processual que vier a ser instaurada contra um menor de 18 anos será absolutamente inválida, podendo o juiz anular o feito, nos termos do art. 564, II, do CPP, em face da absoluta *illegitimatío ad processum*”. E, ainda, “parece claro que, se o menor não pode ser parte no processo penal, a relação processual que viesse a ser instaurada contra ele seria, em rigor, inexistente” (*Processo... Op. Cit.*, v. I, p. 549). Mais, sobre a distinção entre *legitimatío ad causam* e *legitimatío ad processum*, ver LEONE, G. *Tratado... Op. Cit.*, t. I, pp. 448 e ss.

de FOWLER, BREDÁ e COUTINHO – ainda que alguém pudesse imaginar possível sugerir modificações de nomenclatura e/ou conteúdo –, por prescindir da teoria processual civil, é muito mais adequada à ação penal.⁵¹⁹ Isto é, ainda que, por hipótese, as roupas da irmã (condições da ação no processo civil) pudessem servir, depois de muitos ajustes, é óbvio que muito melhor serviriam roupas feitas sob medida.

Sem embargo, especialmente na doutrina italiana, são bem conhecidos os argumentos contrários à adequação do *interesse de agir* ao direito processual penal – e também a certa classe de ações civis.

Assim, Giuseppe CHIOVENDA, ao tratar dos *direitos potestativos*, distingue entre aqueles que podem ser exercidos mediante mera declaração de vontade de seu titular e aqueles que, para sua realização, dependem de intervenção judicial.⁵²⁰ Em relação ao segundo caso, ensina o autor que, sempre, dependem de uma *sentença judicial constitutiva*.⁵²¹ E, assim, à ação que se utiliza para provocar tal provimento jurisdicional chamou-se de *ação constitutiva necessária*,⁵²² que é aquela em que o bem da vida ou estado jurídico pretendido só se pode obter por intermédio do Estado-juiz.

O *interesse de agir*, em tais casos, tem comportamento diverso daquilo se observa em relação à chamada ação civil condenatória. Na lição de CHIOVENDA, as condições da *ação constitutiva* reduzem-se à existência do direito potestativo e à legitimação. O *interesse de agir*, “como condição específica da ação *ao lado* da existência do direito, não vem a pêlo nesta passagem; efetivamente, o próprio direito potestativo à mudança do estado jurídico *mediante decisão do juiz* só é passível de

⁵¹⁹ O mesmo poderia ser dito de qualquer outra abordagem teórica que pretendesse tomar, como ponto de partida, a autonomia científica do direito processual penal.

⁵²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...** *Op. Cit.*, p. 15: “Êsses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia) e se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, *com a necessária intervenção judicial do juiz (sentença constitutiva)*. Têm todas de comum tender à produção de um efeito a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção”.

⁵²¹ *Id. Ibid.*, pp. 194 e ss.

⁵²² “Existem sentenças constitutivas necessárias quando o ordenamento jurídico só admite a constituição, modificação ou desconstituição do estado ou relação jurídica por via jurisdicional (é o caso da anulação do casamento)” (CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria...** *Op. Cit.*, 1979, p.272).

satisfazer-se mediante sentença judicial”.⁵²³ Em outras palavras, como o autor não pode realizar seu direito por outra forma que não seja pelo provimento jurisdicional, diz-se que, aqui, o *interesse-necessidade* está sempre presente, implicitamente, de modo que sua perscrutação é irrelevante. Não é outro o magistério de ATTARDI, para quem “se pode afirmar, portanto, que o art. 100 não encontra aplicação no processo constitutivo e, assim, que em tal processo nada mais se exige do que a existência (ou a afirmação da existência) do direito potestativo que se fez valer”.⁵²⁴⁻⁵²⁵

Já, agora, sobre a aplicação do *interesse de agir* ao direito processual penal, ATTARDI, a partir dos mesmos argumentos, conclui que “o interesse de agir não é condição (de admissibilidade ou de procedência) da demanda com a qual o Ministério Público promove a ação penal”.⁵²⁶ Em outras palavras, como o processo penal é o único meio idôneo – portanto, necessário – para a aplicação da pena, o *interesse de agir* não se presta a limitar a admissibilidade da ação penal.

Tais conclusões são tão evidentes que, não raro, na própria seara da doutrina que professa a *teoria geral do processo*, surgem ressalvas. Disso, não há melhor exemplo do que Ada Pellegrini GRINOVER, ao concluir, como fez em 1977, a partir da doutrina italiana, “que o *interesse de agir* não é condição da ação penal, pois está ‘implícito em toda acusação. O processo penal é sempre necessário (...)’”,⁵²⁷ referindo-se, assim, à característica de indefectibilidade da jurisdição penal.⁵²⁸

⁵²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* *Op. Cit.*, p. 200.

⁵²⁴ ATTARDI, A. *L’interesse...* *Op. Cit.*, p. 156. [Tradução livre de: “*Si può dunque affermare che l’art. 100 non trova applicazione nel processo costitutivo e quindi che in tale processo null’altro si richiede che l’esistenza (o l’affermazione dell’esistenza) del c.d. diritto potestativo fatto valere*”].

⁵²⁵ *Codice di procedura civile*, de 28 de outubro de 1940: “**Art. 100.** (*Interesse ad agire*) *Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*”. [Tradução livre: “Para propor uma ação ou para contestá-la é necessário haver interesse”].

⁵²⁶ ATTARDI, A. *L’interesse...* *Op. Cit.*, p. 276. [Tradução livre de: “*l’interesse ad agire non è condizione (di ammissibilità o di fondatezza) della domanda con la quale il P.M. promuove l’azione penale*”].

⁵²⁷ GRINOVER, A. P. *As condições...* *Op. Cit.*, 1977, p. 132.

⁵²⁸ Emilio GOMEZ ORBANEJA, como fazem os autores espanhóis, denomina a *indefectibilidad* da jurisdição penal de “*principio de la necesidad del proceso penal*” (**Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. v. I. Barcelona: Bosch, 1951, p. 27). Sobre o princípio, plasmado no artigo 1º da vigente *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola (“Não se imporá pena alguma por consequência de atos puníveis cuja repressão incumba à jurisdição ordinária, senão em conformidade com as disposições do presente Código ou de leis especiais e em virtude de sentença ditada por juiz competente”), Juan MONTERO AROCA ensina que “os julgados e tribunais não têm monopólio algum na aplicação do direito privado. Este direito se aplica normalmente pelos particulares em sua

(designada pelas expressões *nulla poena sine iudicio* e *nulla poena sine iudice*, e consagrada na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, incisos LIII e LIV⁵²⁹),”⁵³⁰⁻⁵³¹

Ainda, com outros argumentos, Giovanni LEONE afirma que a regra do art. 100, do Código de Processo Civil italiano, não se aplica no direito processual penal. Em suas palavras, “o fenômeno se explica facilmente considerando que, para o

vida diária quando contratam, quando constituem família, quando fazem testamento, etc. Os órgãos jurisdicionais também aplicam esse direito, mas, desde logo, não o fazem em regime de exclusividade, e nem sequer se pode dizer que, estatisticamente, sejam seus aplicadores mais importantes. Todas as pessoas, quando se relacionam juridicamente com outras, estão atuando esse direito. E o mesmo acontece em outros ramos do direito, mesmo que não seja possível lhes qualificar como direito privado em sentido estrito, com ocorre com o direito do trabalho, o administrativo ou o tributário, que também são aplicados tanto pelos particulares (como trabalhadores ou empresários, por um lado, ou como administradores, por outro) quanto pelas Administrações públicas, e isto até o extremo de que são todos eles seus normais aplicadores. *O direito penal, pelo contrário, se aplica única e exclusivamente pelos julgados e tribunais e, precisamente, apenas por meio do processo, do que resulta que estamos diante de uma situação muito diferente da aplicação de outros ramos do ordenamento jurídico*” (**Principios del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 15-16, sem grifos no original). [Tradução livre de: “*No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente*”; “*los juzgados y tribunales no tienen monopolio alguno en la aplicación del Derecho privado. Este Derecho se aplica normalmente por los particulares en su vida diaria cuando contratan, cuando constituyen familia, cuando hacen testamento, etc. Los órganos jurisdiccionales también aplican ese Derecho, pero, desde luego, no lo hacen en régimen de exclusividad, y ni siquiera puede decirse que estadísticamente sean sus aplicadores más importantes. Todas las personas, cuando se relacionan jurídicamente con otras, están actuando ese Derecho. Y lo mismo sucede con otras ramas jurídicas, aunque no puedan calificarse de Derecho privado en sentido estricto, como ocurre con los derechos laboral, administrativo o fiscal, que también son aplicados tanto por los particulares (en cuanto trabajadores o empresarios, por un lado, o como administradores, por otro) cuanto por las Administraciones públicas, y ello hasta el extremo de que unos y otras son sus normales aplicadores. El derecho penal, por el contrario, se aplica única y exclusivamente por los juzgados y tribunales y sólo precisamente por medio del proceso, con lo que resulta que estamos ante una situación muy diferente de la aplicación de las otras ramas del ordenamiento jurídico*”].

⁵²⁹ Constituição da República de 1988: “**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LIII** - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

⁵³⁰ NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, p. 47.

⁵³¹ A despeito do acerto da posição inicial, não se ignora que, para fins de compatibilização com a teoria processual civil, em obras posteriores (“As nulidades no processo penal” e o artigo “As condições da ação penal”, publicado em número recente da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*), bastante citadas aqui, a autora volta atrás e procura encontrar, nos outros elementos do *interesse, adequação e utilidade*, o sustentáculo para um discurso unitário.

Ministério Público, dado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não se pode pôr um problema de interesse de agir, que é inerente ao próprio direito de ação”.⁵³²

No Brasil, um dos primeiros a argumentar neste sentido foi Antonio Acir BREDÁ, para quem não parece “que o interesse de agir tenha qualquer importância para o processo penal”. E, conclui: se o interesse de agir surge “quando a situação jurídica existente antes do processo é tal que o recurso à jurisdição se apresenta como necessário, é evidente que o problema não existe no processo penal”, onde o Estado não pode impor pena fora do processo.⁵³³

Ainda, Maria Thereza Rocha de Assis MOURA faz-lhe coro e à doutrina italiana: “O mesmo se diga do interesse de agir, que decorre da necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a imposição da sanção penal e da adequação do provimento pleiteado. Tais requisitos são ínsitos à acusação, não só em virtude da legalidade, como também da regra da obrigatoriedade da ação penal. Irrelevante, pois, mencionada condição, para ação penal de natureza condenatória”.⁵³⁴

Por tudo, à luz das críticas pontuais feitas no tópico anterior e dos argumentos contrários aqui apresentados, é possível concluir que o *interesse de agir* não é condição à admissibilidade da ação penal.

Em verdade, as tentativas de compatibilização empreendidas jamais alcançaram êxito pleno. Ao contrário, não raro, seus defensores lançam mão de malabarismos lingüísticos, como dizer que, eis que o processo penal é sempre necessário, esta condição da ação está implícita em toda acusação. Ora, se algo está sempre presente, por óbvio em nada contribui para o juízo de admissibilidade da acusação. O mesmo deve ser dito do *interesse-adequação*: a acusação é o único meio adequado à provocação da atuação jurisdicional visando o acerto positivo do caso penal.

Já, agora, em relação ao *interesse-utilidade*, desde logo se diga que nenhuma das hipóteses engendradas pela doutrina civil-penal, como se viu, conseguiu

⁵³² LEONE, G. **Lineamenti...** *Op. Cit.*, p. 35. [Tradução livre de: “*Il fenomeno si spiega agevolmente, considerando che per il pubblico ministero, dato il principio di obbligatorietà dell’azione penale, non si può porre un problema d’interesse ad agire, che è inerente allo stesso diritto di azione*”].

⁵³³ BREDÁ, A. A. **Notas...** *Op. Cit.*, p. 58.

⁵³⁴ MOURA, M. T. R. A. **Justa causa...** *Op. Cit.*, pp. 216-217.

sobreviver à análise mais detida. Afinal, em qualquer caso – mesmo naqueles em que falta *punibilidade concreta* – a resolução do caso penal segue reclamando uma decisão de mérito e, por isso, um processo.

E, ainda que ignoradas todas as objeções aqui opostas, se alguém, equivocadamente, insistisse em falar de *interesse de agir* no processo penal, inevitável seria a conclusão de que se trata, aqui, de algo bastante diferente do que se diz no processo civil. E, sendo assim – como, de fato, é –, não haveria razão para a unidade terminológica. Não se olvide da lição de Aldo ATTARDI, ao dizer que o interesse de agir, em qualquer tipo de processo em que se lhe pretenda aplicar, deve ter valor e significado únicos.⁵³⁵ Aliás, por conta disso é que aquele autor negou, ao *interesse*, um lugar no juízo da acusação penal.

Em verdade, antes disso, convém ressaltar quão desnecessário é trabalhar, aqui, com as categorias do direito processual civil. Notadamente quando já se percebeu que o tema pode ser explicado, com vantagens, a partir de uma perspectiva autônoma.

Por fim, como um derradeiro e definitivo argumento, Franco CORDERO demonstra como as condições da ação do processo civil são irrelevantes no processo penal quando se considera que o Ministério Público não promove a ação visando a condenação do acusado, mas apenas a instauração do processo, onde a situação de dúvida sobre a aplicação da sanção penal deverá ser sanada. Suas palavras servem bem ao fechamento desta seção:

Lembre-se ainda que, para os cultores do processo civil, a ação, por antonomásia, é o poder de provocar uma decisão de mérito; e, assim, diz-se que é desprovido de ação quem invoca um provimento de conteúdo juridicamente impossível ou não é legitimado ou não tem interesse de agir. Conceitos do gênero não podem ser transpostos ao processo penal. (...). Enfim, não se compreende por que se deva revelar a todo custo uma tríade correspondente às ações civis declaratória, condenatória e constitutiva. Quando se sabe

⁵³⁵ “Portanto, a menos que se não queira dar valor e significado diversos ao princípio do interesse de agir, e não se queira renunciar ao postulado da unidade do interesse de agir, qualquer que seja o processo (civil ou não), é necessário rejeitar aquela tentativa dirigida a dar autônomo relevo ao interesse a recorrer no processo administrativo” (ATTARDI, Aldo. *L’interesse... Op. Cit.*, p. 16). [Tradução livre de : “*Pertanto, a meno che non si voglia dar valore e significato diversi al principio dell’interesse ad agire, e non si voglia rinunciare al postulato dell’unità dell’interesse ad agire, qual si sia il processo (civile o no), è necessario respingere quel tentativo diretto a dare autonomo rilievo all’interesse a ricorrere nel processo amministrativo*”.] Segundo o autor, a doutrina italiana é concorde sobre a unidade de valor e significado do interesse de agir (*Id. Ibid.*, p. 16, nota n.º 23).

que o ato do Ministério Público abre um procedimento cujo fim é verificar se uma pessoa deve ou não ser punida, não é necessário acrescentar mais nada. (...). Eis o ponto central da questão, cuja solução recomenda certo espírito realístico: quem joga com as palavras mais do que o necessário acaba tão preso na quinquilharia que, tudo somado, não vale a pena discutir.⁵³⁶

4.4 A propósito de conclusão: a atrofia teórica do direito processual penal

Como se apontou no primeiro capítulo, a iniciativa na construção de uma *teoria geral do processo* é devida a Francesco CARNELUTTI, que o pretendeu, no início do século XX, desde o conceito de *lide*, entendido por ele como o elemento nuclear do sistema processual. A doutrina brasileira, ao conhecer tais conceitos, logo encampou a idéia de uma elaboração teórica unitária, que pudesse abarcar todos os ramos do processo.⁵³⁷ Fora de dúvidas, um fato que teve contribuição fundamental para tanto foi a permanência de LIEBMAN no Brasil, como professor da Universidade de São Paulo.⁵³⁸

Se o contato com a doutrina italiana foi muito fértil para os cultores do direito processual civil, a partir do momento que se imaginou possível, simplesmente,

⁵³⁶ CORDERO, F. **Procedura...** *Op. Cit.*, 1966, p. 35-36. [Tradução livre de: “*Si rammenti ancora che per i cultori del processo civile l’azione per antonomasia è il potere di provocare una decisione di merito; e così si dice che sia privo di azione chi invoca una pronuncia di contenuto giuridicamente impossibile o non è legittimato o non ha interesse ad agire. Concetti del genere non si possono trasporre nel processo penale. (...). Infine, non se capisce perchè si debba scoprire ad ogni costo una triade corrispondente alle azioni civili di accertamento, di condanna e costitutive. Quando si è precisato che l’atto del pubblico ministero apre un procedimento, il cui fine è di verificare se una persona debba o meno essere punita, non occorre aggiungere altro. (...). Siamo giunti al nodo della questione, nel risolvere la quale si raccomanda un certo spirito realistico: chi gioca con le parole più del necessario finisce irretito da cineserie che, tutto sommato, non vale la pena discutere.*”]

⁵³⁷ Na doutrina brasileira, um dos nomes de maior vulto a sustentar esta opinião, exercendo influencia sobre diversas gerações de processualistas brasileiros, é José Frederico MARQUES. Testemunho disso é sua obra “Estudos de direito processual penal” (publicada em 1960), que reúne vários artigos publicados pelo autor desde o ano de 1953. Entre tais artigos estão “Teoria geral do processo: a unidade do processo – o processo penal dos Estados democráticos” e “Direito processual: da unidade do processo – aplicação de conceitos do processo civil no campo do processo penal”.

⁵³⁸ MARQUES, José Frederico. **O direito processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 74-75: “Foi ele o ‘mestre’ da Escola Processual de São Paulo, e como tal seu grande guia e orientador. É, por isso, que não se pode falar nessa escola e no desenvolvimento dos estudos processuais em São Paulo, na atualidade, sem mencionar, com letras de ouro, o nome ilustre dessa grande figura que tanto tem enriquecido a literatura jurídica, no campo do Direito Processual Civil. (...). Embora nascido em outras plagas, ele pertence também ao patrimônio cultural da ciência jurídica de nossa terra, onde a legião de seus discípulos sempre aumenta em número e se amplia e se multiplica, na admiração e devotamento que nunca lhe deixaram de tributar”.

transportar os conceitos da desenvolvida ciência do processo civil ao direito processual penal, impôs-se a este último uma situação que Franco CORDERO bem designou por “atraso cultural”.⁵³⁹

Não se pode dizer, porém, que a intenção de autores como José Frederico MARQUES fosse má: pelo contrário, este importante processualista trabalhou arduamente na elaboração de uma teoria processual penal e a profundidade de sua obra é tal que raramente é equivalida. Por sinal, sua obra continua indispensável para quem não só quer entender sobre a teoria do direito processual penal como, também, para quem dele quer discordar.

Todavia, como já se disse, “a coerência global das nossas verdades físicas e metafísicas só se conhece retrospectivamente”.⁵⁴⁰ Analisando-se, hoje, os resultados alcançados pelo discurso da *teoria geral do processo*, constata-se que o direito processual civil seguiu seu ritmo de evolução, com as rupturas e revoluções inerentes ao desenvolvimento científico. O direito processual penal, todavia, segue padecendo ante a postura epistemológica que insiste em explicá-lo desde os postulados da ciência processual civil e em ignorar suas peculiaridades⁵⁴¹ – especialmente quando elas põem em causa a teoria unitária.

Em passagem interessante, MARQUES ilustra como, ao tempo de FLORIAN, o direito processual penal não era tido como disciplina autônoma no currículo universitário – sendo ensinado com o direito penal – fato que “deixou o processo penal

⁵³⁹ CORDERO, Franco. **Procedura... Op. Cit.**, 1991, p. 377: “sabemos quanto atraso cultural pesava sobre nossa matéria; alguns de seus adeptos pescavam no repertório de seus primos evoluídos (os processualistas civis), às vezes com a mão rude: e, sendo muito diferentes os respectivos mecanismos normativos, estes empréstimos estimulavam discursos esterilmente rebuscados”. [Tradução livre de: “*sappiamo quale ritardo culturale pesasse sulla nostra materia; alcuni suoi adepti pescavano nel repertorio dei cugini evoluti (civilproceduristi), a mano talvolta rude: ed essendo molto diversi i rispettivi meccanismi normativi, quei prestiti stimolavano discorsi sterilmente contorti*”].

⁵⁴⁰ Não é outra a lição de Boaventura de Souza SANTOS – desde HEGEL, HEIDEGGER e René POIRIER (**A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 74).

⁵⁴¹ Com o perdão da pobre analogia, seria como se o biólogo tentasse explicar um gênero de animais, apenas, a partir do conhecimento existente sobre outro: ainda que sejam todos animais e que guardem elementos comuns, por serem criaturas diferentes, esta postura científica terminaria por ignorar características próprias ao gênero analisando e, o que é pior, possivelmente o cientista sentiria a necessidade de encontrar caracteres do primeiro gênero no segundo, ainda que, eventualmente, neste último, estivessem ausentes (como se diz na linguagem coloquial, tratar-se-ia de “procurar chifres em cabeça de cavalo”).

anquilosado e anêmico”.⁵⁴² O autor sugeriu, então, que a aproximação com o processo civil poderia removê-lo de tal situação.

O que se observa, porém – e o tema das condições à admissibilidade da acusação é, neste sentido, exemplar –,⁵⁴³ é que não só a teoria do processo civil não curou ao direito processual penal sua anemia e ancilose, como lhe provocou uma nova doença, que se poderia chamar de *atrofia teórica*, decorrente da crença de que as categorias processuais civis e penais são equivalentes e a conseqüente sobrevalorização daquelas sobre estas, que se não desenvolveram.

O quadro é, hoje, muito mais grave, e seguirá sendo até que se entenda que a ciência do processo penal deve ser feita a partir dos fenômenos jurídicos processuais penais, mesmo que isso signifique abrir mão, no momento, de uma teoria geral. Em verdade, este é o momento em que os processualistas penais devem buscar entender o que há em seus próprios domínios – sem preconceitos e de forma aberta às outras disciplinas, sem esquecer que o conhecimento humano é *n*-dimensional –, para depois, se é que ainda se sentiria necessidade, pensar em compatibilização teórica com outros ramos do direito processual.

⁵⁴² MARQUES, J. F. **Estudos...** *Op. Cit.*, p. 13.

⁵⁴³ É evidente como a leitura das condições à admissibilidade da acusação a partir da própria lei processual penal, em detrimento das condições da ação do processo civil, favorece a compreensão do instituto e, inclusive, dos problemas inerentes ao modelo teórico vigente. Não é difícil imaginar, portanto, que esta compreensão tornaria mais precisa a realização, na vida concreta dos tribunais, do juízo de admissibilidade da acusação, notadamente quando se perceber como o instrumental da *teoria geral do processo* explica de forma tão deficiente o que se passa por aqui. Em outra obra, já se disse, como é possível, em relação ao tema das condições da ação, “inferir os efeitos do baixo nível de desenvolvimento científico do direito processual penal brasileiro. Ao contrário do processo civil, que goza de altíssimo nível de cientificidade, a evolução do processo penal quase sempre esteve atrelada à daquele e foi limitada por ele. A Teoria Geral do Processo, no Brasil, tem (pelos que a adotam acriticamente), como parece, a maior parcela de responsabilidade nesse fato, pois a doutrina penalista, com exceções (é claro), mas em plena maioria, adquiriu o hábito de pensar o processo penal a partir dos conceitos processuais gerais (ou melhor, processuais civis), ignorando, assim, as vicissitudes e particularidades da realidade criminal. Há de se considerar, portanto, que posições generalizantes, como essa que se constata agora, decorrem da aplicação acrítica e desfocada (o foco deve ser sempre a pessoa humana, protegida pela Constituição da República em sua dignidade) do processo penal, fruto do insipiente nível científico da disciplina, aparvalhada – como se não bastassem seus próprios problemas – com a constante necessidade de adaptação a concepções alienígenas” (NUNES DA SILVEIRA, M. A. **A tipicidade...** *Op. Cit.*, pp. 97-98).

Faz-se oportuno, portanto, concluir com a lição de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, autor comprometido com a renovação teórica autônoma do direito processual penal:

“O processo penal, sufocado por uma legislação fascista (copiada na maior parte do Código Rocco de 1930) e cientificamente cega, acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu. Deixou à mostra pontos cruciais que não serão sanados, cobertos, tão-somente com uma nova legislação, um novo traçado. No fundo, o espírito faz parte da vestimenta e deve mudar junto, sob pena da alteração ser aparente e as falhas, em elementos essenciais, continuarem as mesmas. Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre (Carnelutti), uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”.⁵⁴⁴

4.5 Conclusões parciais

Recuperadas as concepções processuais civis sobre o *interesse de agir*, bem como o conteúdo processual penal que lhe pretendeu dar a doutrina vinculada à teoria geral do processo, impõem-se as seguintes conclusões:

a) a noção de *interesse* no direito processual encontra raízes no discurso da modernidade, com centralidade no homem, vinculando-o a um conteúdo histórico e ideológico que precisa ser lembrado ao estudo da temática;

b) no que diz com o *interesse de agir*, diversas são as interpretações que se faz no direito processual civil, a partir dos critérios de *necessidade*, *adequação* e *utilidade*, o que não exclui o fato de que há, porém, nos autores contemporâneos, consenso no sentido de que o *interesse processual* não se confunde com o *interesse material*, isto é, com o interesse contido na lide;

c) a transferência do *interesse de agir* para o direito processual, que se busca operar a partir daqueles três critérios de definição (necessidade, adequação e utilidade), encontra amplo espectro de diferentes conteúdos – como *justa causa*, *idoneidade do pedido*, “*fumus boni juris*”, *punibilidade concreta*, *ausência de causas de justificação*, *tipicidade da conduta*, *impossibilidade de solução do caso penal fora do processo*,

⁵⁴⁴ COUTINHO, J. N. M. **A lide...** *Op. cit.*, pp. 122-123.

adequação procedimental e adequação do provimento jurisdicional pleiteado –, sendo que vários deles são inconciliáveis entre si; esta multiplicidade de conteúdos que a doutrina civil-penal reputa ao *interesse de agir* no processo penal, pela evidente impossibilidade de alcançar uniformidade discursiva, revela que a transferência é artificial e inadequada, eis que ignora as particularidades do direito processual penal e tenta impor uma condição da ação que foi construída para o processo civil;

d) a impossibilidade de atribuição de um conteúdo idêntico para o *interesse de agir* nos processos penal e civil indica se tratar de problemas distintos, o que, por coerência, recomenda abordagens teóricas distintas;

e) considerando-se que o processo penal é sempre necessário (*nulla poena sine iudicio*), até mesmo quando a punibilidade está extinta, e a acusação se funda sempre em um pedido de accertamento do caso penal, o *interesse de agir* é irrelevante em relação à ação penal, eis que se não presta a condicionar a atuação jurisdicional em relação ao caso penal;

f) o direito processual penal, inclusive em relação às condições da ação penal, encontra melhor desenvolvimento a partir de abordagens teóricas autônomas, que adotam, como ponto de partida, o estudo dos fenômenos processuais penais aos teoremas processuais civis, postura epistemológica imprescindível para superar o atual quadro de *atrofia teórica* em que se encontra.

CONCLUSÕES

Com partida no estudo de uma das condições da ação do processo civil, o *interesse de agir*, especialmente no que toca à sua inadequação ao direito processual penal, pretendeu-se contribuir para uma abordagem científica sobre o tema que busca na autonomia do direito processual penal seu fundamento. Neste sentido, para demonstrá-lo, convém recolher em conjunto as conclusões parciais do texto:

a) superados os postulados epistemológicos modernos do *cientificismo* e da *neutralidade axiológica*, há que se considerar como ciência (para se poder ter um lugar-comum de compreensão) qualquer tentativa de construção de conhecimentos sobre um fato passível de inteligência humana. Pressupondo-se a dicotomia entre objeto real (realidade) e objeto de conhecimento, tais conhecimentos são permanentemente provisórios. O Direito deve ser compreendido como ciência neste sentido;

b) o objeto de conhecimento, mesmo na ciência do Direito, é determinado pelo *enfoque teórico* proposto para a pesquisa;

c) o objeto do direito processual penal, segundo o enfoque teórico proposto, diz com os *atos processuais*, ao passo que a delimitação do objeto do direito penal diz com a *conduta humana*, prevista como crime e da qual é consequência uma pena;

d) deve-se reconhecer a autonomia do direito processual penal em relação ao direito penal e ao direito processual civil, neste último caso, no sentido da negação a uma teoria geral (unitária) do processo, em face dos diferentes postulados;

e) eis que a decisão em relação à aplicação de uma pena é sempre o resultado de um processo penal – em função da indefectibilidade da jurisdição penal –, o discurso da proibição da autotutela dos direitos, fundamento da ação no processo civil, não se presta a refletir o fundamento político da ação penal, que, antes, reside na criação de uma situação concreta que favoreça o julgamento imparcial do caso penal;

f) a postura epistemológica tradicional – fundada na teoria geral do processo –, eis que, em geral, prescinde do estudo do fenômeno processual penal e utiliza, como ponto de

partida, a teoria do direito processual civil, tem determinado importante atraso no desenvolvimento teórico da ação penal;

g) a despeito de a lei processual só tratar da *ação penal “condenatória”*, deve ser resgatada a estruturação do tema a partir de uma visão ampla, desde um enfoque teórico que se poderia chamar “teoria ampliada da ação penal”, que possa abarcar toda a diversidade de atos de provocação da *atuação jurisdicional em relação ao caso penal*;

h) à ampliação do conceito de ação penal, por força do princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat judex ex officio*), há que se reputar inconstitucional qualquer iniciativa do juiz no tocante à *atuação jurisdicional em relação ao caso penal*, inclusive, a título de exemplo, na decretação de prisões processuais;

i) o debate sobre a natureza jurídica da ação penal, a partir dos enfoques teóricos vigentes – que partem todos do direito processual civil –, em geral não vai além das posições tradicionais que lhe reputam a natureza de um *direito subjetivo* ou de um *poder jurídico* (ou *direito potestativo*). Ambas, porém, devem ser revisitadas em trabalho que aborde o tema desde uma abordagem processual penal autônoma;

j) sempre tomando como ponto de partida teórico o próprio direito processual penal, podem ser apropriadas algumas contribuições da teoria processual civil, como as noções de autonomia (que encontra fundamentos próprios no direito processual penal), abstração e conexão instrumental com o caso concreto (que assume um papel de garantia ao cidadão, dado pela exigência do preenchimento, na *ação penal em sentido estrito*, das *condições da ação penal*);

k) em termos bastante amplos, é possível definir a ação penal como *instrumento legal de provocação da atuação jurisdicional em relação a um caso penal*;

l) as *condições de admissibilidade da ação penal* – elaboradas, a partir de uma abordagem teórica processual penal autônoma – devem ser deduzidas do próprio Código de Processo Penal (no art. 43, em interpretação sistemática com o art. 18), de forma negativa, ou seja, o implemento das hipóteses lá descritas resulta em rejeição da denúncia ou queixa. Assim, pode-se denominar: *tipicidade aparente* ou *injusto aparente* (art. 43, I); *punibilidade concreta* (art. 43, II); *legitimidade da parte* (art. 43,

III, 1ª parte); *justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18);

m) além das condições genéricas de admissibilidade da ação penal, que se aplicam a todas as ações, em todos os casos, são também conhecidas as *condições específicas da ação penal*, que se limitam a situações específicas previstas em dispositivos processuais penais do Código e de leis especiais, e se inserem no juízo de admissibilidade por sua interpretação sistemática com o art. 43, III, 2ª parte, do Código de Processo Penal;

n) em homenagem às garantias processuais penais fundamentais da *ampla defesa* e do *contraditório*, estabelecidas na Constituição da República de 1988 (art. 5.º, LV), é indispensável que seja dada à defesa a oportunidade de manifestação sobre a conduta imputada ao acusado antes do recebimento da acusação, e, também, que o juiz motive a decisão interlocutória que a recebe, como exige o art. 93, IX, da Carta Magna;

o) os efeitos do juízo de admissibilidade negativo da ação penal são diferentes conforme a condição da ação faltante, de modo que se fala em *rejeição* quando estiver extinta a punibilidade ou o fato narrado evidentemente não constituir crime e em *não-recebimento* nos casos de *ilegitimidade da parte*, falta de *justa causa* ou ausência de provas em relação à *tipicidade aparente*;

p) a noção de *interesse* no direito processual encontra raízes no discurso da modernidade, com centralidade no homem, vinculando-o a um conteúdo histórico e ideológico que precisa ser lembrado ao estudo da temática;

q) no que diz com o *interesse de agir*, diversas são as interpretações que se faz no direito processual civil, a partir dos critérios de *necessidade*, *adequação* e *utilidade*, o que não exclui o fato de que há, porém, nos autores contemporâneos, consenso no sentido de que o *interesse processual* não se confunde com o *interesse material*, isto é, com o interesse contido na lide;

r) a transferência do *interesse de agir* para o direito processual, que se busca operar a partir daqueles três critérios de definição (necessidade, adequação e utilidade), encontra amplo espectro de diferentes conteúdos – como *justa causa*, *idoneidade do pedido*, “*fumus boni juris*”, *punibilidade concreta*, *ausência de causas de justificação*,

tipicidade da conduta, impossibilidade de solução do caso penal fora do processo, adequação procedimental e adequação do provimento jurisdicional pleiteado –, sendo que vários deles são inconciliáveis entre si; esta multiplicidade de conteúdos que a doutrina civil-penal reputa ao *interesse de agir* no processo penal, pela evidente impossibilidade de alcançar uniformidade discursiva, revela que a transferência é artificial e inadequada, eis que ignora as particularidades do direito processual penal e tenta impor uma condição da ação que foi construída para o processo civil;

s) a impossibilidade de atribuição de um conteúdo idêntico para o *interesse de agir* nos processos penal e civil indica se tratar de problemas distintos, o que, por coerência, recomenda abordagens teóricas distintas;

t) considerando-se que o processo penal é sempre necessário (*nulla poena sine iudicio*), até mesmo quando a punibilidade está extinta, e a acusação se funda sempre em um pedido de accertamento do caso penal, o *interesse de agir* é irrelevante em relação à ação penal, eis que se não presta a condicionar a atuação jurisdicional em relação ao caso penal;

u) o direito processual penal, inclusive em relação às condições da ação penal, encontra melhor desenvolvimento a partir de abordagens teóricas autônomas, que adotam, como ponto de partida, o estudo dos fenômenos processuais penais aos teoremas processuais civis, postura epistemológica imprescindível para superar o atual quadro de *atrofia teórica* em que se encontra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000;
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE Hijo, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945;
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975;
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale: parte generale**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1949;
- ATTARDI, Aldo. **L'interesse ad agire**. Pádua: CEDAM, 1952;
- BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996;
- BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987;
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. v. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1975;
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. v. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Pressupostos processuais e condições da ação**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, jun., 1991;
- BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1952;
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956;
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006;
- BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**. 2005. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba;
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997;

BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, 1980;

_____. **Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal.** *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11/12, jul-dez, 1973;

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964;

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986;

_____. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.** São Paulo, Saraiva, 1956;

_____. **Estudos de direito.** São Paulo: Saraiva, 1972;

_____. **Grandes processualistas.** São Paulo: Saraiva, 1982;

CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti.** *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1930;

CALDWELL, Robert G.; NARDINI, William. **Foundations of law enforcement and criminal justice.** Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1977;

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. **Manual elementar de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1930;

CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola.** *Rivista di diritto processuale*. v. I, Pádua: CEDAM, 1946;

_____. **Lezioni di diritto processuale civile.** Pádua: CEDAM, 1926, reimpressão 1986;

_____. **Lezioni sul processo penale.** 2ª ed. Roma: Ateneo, 1949;

_____. **Metodología del derecho.** Buenos Aires: Valletta, 2003;

_____. **Mettere il pubblico ministero al suo posto.** *Rivista di diritto processuale*. v. VIII. Pádua: CEDAM, 1953;

_____. **Sulla 'reformatio in pejus'.** *Rivista di diritto processuale civile*. v. II, Pádua: Cedam, 1927;

_____. **Verità, dubbio, certezza.** *Rivista di diritto processuale*. v. XX. Pádua: CEDAM, 1965;

CERTOMA, Giuseppe Leroy. **The accusatory system v. the inquisitorial system: procedural truth v. fact?** *Australian Law Journal*, Sydney, v. 56, 1982;

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965;

_____. **La acción en el sistema de los derechos**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986;

_____. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Réus, 1922;

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

_____. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979;

_____. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1990;

_____. **Teoria geral do processo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000;

_____. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luis Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988;

CORDERO, Franco. **Contributo allo studio dell'aministia nel processo**. Milão: Giuffrè, 1957;

_____. **Guida alla procedura penale**. Turim: UTET, 1986;

_____. **La riforma dell'istruzione penale**. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, v. 3, jul./set., 1963;

_____. **Procedura penale**. 8ª ed., Milão: Giuffrè, 1985;

_____. **Procedura penale**. Milão: Giuffrè, 1991;

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Justa causa na reforma processual penal brasileira**. *Revista do serviço público*. Brasília, a. 40, v. 111, n. 2, abr./jun. 1983;

CORREIA, Regina Maria. **Da prática penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,

1955;

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Ação penal condenatória**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998;

_____. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, abr./jun. , 1993;

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998;

_____. **Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional**. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

_____. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei**. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. **O papel do novo juiz no processo penal**. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo: B de F, 2005;

DEGENKOLB, Heinrich. **Einlassungszwang und urteilsnorm**. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877;

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974;.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil: a execução na teoria geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973;

DOYLE, Sir Arthur Conan. **His last bow: some reminiscences of Sherlock Holmes**. Oxford: Oxford University Press, 1994;

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960;

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenker. **Investigação criminal e ação penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. Trad. Ana

Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988;

FOWLER, Fernando N. Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977;

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995;

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. **Cuerpo del derecho civil romano**. v. 3. Barcelona: Jaime Molinas, 1897;

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 2001;

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936;

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991;

GOMES FILHO, Francisco Antônio. **Teoria e prática do Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957;

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. *Garantias Constitucionais e Processo Penal* (Coord. Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

GOMEZ ORBANEJA, Emilio. **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. v. I. Barcelona: Bosch, 1951;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, n. 18, v. 1, jan./jun., 2005;

_____. **A prova no processo penal. A reforma do processo penal (anais de seminário)**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007;

_____. **As condições da ação penal**, São Paulo: Bushatsky, 1977;

_____. **As condições da ação penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São

Paulo, n. 69, 2007;

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990;

HERRMANN, Joachim. **The german criminal justice system: the trial phase – appellate and review proceedings**. In: *The criminal justice system. Nouvelles études pénales*, v. 2. Toulouse: Érès, 1981;

ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure: constitutional limitations – in a nutshell**. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993;

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994;

_____. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

_____. **Juizados especiais criminais (Lei 9.099/95). Ensaio jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Ibaj, 1996;

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Armado, 1974;

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther, a partir da definição de Celso**. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, n. 355, maio, 1975;

_____. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953;

LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 2ª Ed. Napoli: Jovene, 1969;

_____. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2ª ed., Napoli: Jovene, 1952;

_____. **Manuale di diritto processuale penale**. 12ª ed., Napoli: Jovene, 1988;

_____. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989;

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947;

_____. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

_____. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 42, n. 104, 1945;

_____. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962;

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959;

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

_____. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito, 2006;

LYRA FILHO, Roberto. **Porque estudar direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984;

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987;

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Condições da ação penal**. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 3, n. 9, jan./mar., 1978;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965;

_____. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960;

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971;

_____. **O direito processual em São Paulo.** São Paulo: Saraiva, 1977;

_____. **Tratado de direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 1980;

MATTIROLLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano.** 5ª ed. Turim: Fratelli Bocca, 1902;

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil.** v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983;

_____. **Exegese do Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973).** v. IV. Rio de Janeiro: AIDE, 1984;

MONTEIRO, João. **Direito das acções.** São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905;

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1997;

MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesion singular en las obligaciones: crítica del libro de Windscheid “La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.** In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEa, 1974;

NERY JÚNIOR, **Condições da ação.** *Revista de Processo*, São Paulo, a. 16, n. 64, out.-dez., 1991;

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação penal.** São Paulo: Malheiros, 2003;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005;

_____. **Direito processual penal: Objeto e método.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, n. 394, nov./dez., 2007;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

PAULA BATISTA, Francisco de. **Compendio de theoria e pratica do processo civil**

comparado com o commercial e de hermeneutica juridica. 5ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1898;

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. **Código de procedimiento penal.** Bogotá: Temis, 2006;

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale.** 4ª ed. Pádua, CEDAM, 1985;

PLÓSZ, Alexander. **Beiträge zur theorie des klagerechts.** Leipzig: Duncker & Humblot, 1880;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil de 1939.** v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960;

_____. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. 1, p. 38.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 11ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004;

PRIETO CASTRO, Leonardo. **Derecho procesal civil.** t. I. Zaragoza: Libreria General, 1946;

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998;

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile.** 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1957;

ROCCO, Ugo. **Derecho procesal civil.** 2ª ed. Trad. Felipe de J. Tena. México, D.F.: Porrúa, 1944;

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997;

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005;

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile.** 5ª ed. Pádua: CEDAM, 1957;

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale.** Trad. Vittorio Scialoja. v. 5. Turim: Utet, 1893;

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002;

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 1999;

_____. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003;

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 82, n. 292, 1985;

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994;

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974;

_____. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977;

_____. **Instituições de processo penal**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1957;

_____. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962;

_____. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

WEBER, Max. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Carlos Grifo Babo. 2ª ed. Lisboa: Presença, 1977;

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. 11ª ed. Trad. Juan Bustos

Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970;

WINDSCHEID, Bernhard. **La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther.** In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974

_____. **La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.** In: WINDSCHEID, Bernard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.